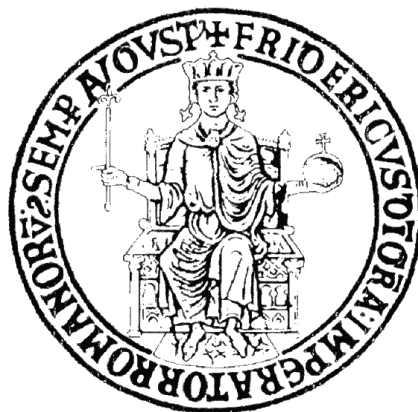


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IN

“DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI”

XXX CICLO

PARADIGMI PENALI ED ERMENEUTICA GIUDIZIARIA

Coordinatore

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Relatore

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Candidato

Dott. Vincenzo Giordano

Anno Accademico 2017/2018

Sommario

Capitolo I: Introduzione. Paradigmi penali ed interpretazione.	3
1 Paradigmi giuridici e natura del diritto. Movimenti di pensiero.	3
2 Interpretazione e diritto penale. Trasfigurazioni della legalità.	10
3 Il valore politico della questione.	20
4 Interpretazione e discrezionalità.	25
5 Questio facti e questio iuris.	29
6 Il significato epistemologico del divieto di analogia.	37
7 La nozione di tipo criminoso.	45
8 Prospettive di indagine.	49
Capitolo II: Il diritto penale europeo e il mutamento dell'ermeneutica giudiziale.	53
1 La pluralità delle fonti in chiave ermeneutica.	53
2 L'interpretazione dell'incoerenza.	57
3 Dal giudice interprete al giudice legislatore: interpretazione conforme e disapplicazione.	59
4 Il principio di legalità tra tendenze europee e garanzie costituzionali.	66
5 Il caso Taricco: un punto di non ritorno?	79
Capitolo III: La teoria ermeneutica quale sovrastruttura di un paradigma.	90
1 Il significato del modello ermeneutico.	90
2. Precomprensione della norma.	94
3 Tipo normativo e vettori ermeneutici.	97
4 Influenza ermeneutiche nella giurisprudenza italiana.	104
5 Testo e controlli nel diritto penale. L'inevitabilità della formalizzazione.	115
Capitolo IV: Il diritto penale tra scienza e metodo. L'interpretazione in chiave politico criminale.	123
1 Diritto penale e sistema di politica criminale: il problema del metodo.	124
2. Il recupero dei principi quale preconditione per una corretta ermeneutica giudiziale. Il significato ermeneutico dei principi.	135
3. Ermeneutica e dinamica giudiziaria.	140
4. Le qualità ermeneutiche della fattispecie. L'unitarietà dei metodi di interpretazione: tipo, fattispecie e modalità di aggressione al bene giuridico. La funzione politico criminale del fatto tipico.	156
5. Il recupero della dogmatica quale paradigma di un percorso interattivo.	172
6. Interpretazione e funzione della pena. Chiusura di un percorso.	178
Bibliografia.	186

Capitolo I: Introduzione. Paradigmi penali ed interpretazione.

1 Paradigmi giuridici e natura del diritto. Movimenti di pensiero.

“Non è lontana la fase cruciale in cui la penalistica italiana dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili. Essi sono infatti connaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello statalismo, un modo di vedere le cose che, originato da una delle componenti ideologiche della rivoluzione francese e cresciuto dentro le logiche dello Stato liberale di diritto europeo, è ancora il convinto assertore della unicità del potere e della maestà della legge. Da lì vengono i vizi dell’ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo punto del dinosauro, non ha più niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi vengono da lì: si rischia che ci impediscano di vedere, di capire, di porre rimedio. Fare i conti con questa incongruenza sarà la cosa più difficile”¹.

La fase storica in cui, secondo le parole dello storico del diritto, la scienza penalistica dovrà prendere atto dell’insostenibilità teorica delle proprie premesse sembra essere quella odierna.

Numerosi orientamenti dottrinali e filosofici sostengono che sia in atto la crisi del paradigma² moderno, pronto a essere inesorabilmente sostituito da un nuovo paradigma, non ancora definito nella sua totalità, ma chiaro in alcuni dei suoi tratti costitutivi.

¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L.

² Nel sostenere tale tesi si utilizza lo schema epistemologico ideato dal filosofo T. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, trad. it. di A. Carugo, Torino 1969. Attraverso lo studio della storia della scienza, il filosofo statunitense ha rilevato un alternarsi di periodi di scienza normale, in cui una determinata scienza appaga le esigenze della comunità di riferimento, dai periodi rivoluzionari, in cui l’insieme dei concetti e dei principi del vecchio paradigma non sono più in grado di fornire risposte alle domande che il progresso pone.

La scienza normale, secondo Kuhn, costituisce un paradigma concettuale condiviso dalla comunità scientifica. Il paradigma, a sua volta, è rappresentato dall’insieme delle teorie, regole e procedure condivise e praticate in un determinato periodo storico dalla comunità scientifica. Nelle condizioni normali, uno scienziato non mette in discussione il proprio paradigma, bensì utilizza le procedure della scienza normale per risolvere problematiche o, come li chiama Kuhn, i rompicapi. La scienza normale ha successo fintanto che riesce a trovare adeguate soluzioni ai propri rompicapi.

Quando, invece, insorgono anomalie tali da non poter essere risolte seguendo la scienza normale, si apre un processo rivoluzionario, che mette in discussione il paradigma normale per ricercarne uno nuovo. Il passaggio dal vecchio paradigma al nuovo paradigma, tuttavia, non è semplice e lineare. Ogni rivoluzione scientifica è preceduta da periodi più o meno lunghi di crisi, in cui si assiste a una proliferazione delle teorie, nel tentativo di dare una risposta soddisfacente alle nuove domande.

In realtà, preso atto della crisi³ del diritto penale, le prospettive si diversificano, seguendo ognuna percorsi differenti che conducono a soluzioni eterogenee.

Il sostrato valoriale, tuttavia, sembra essere comune.

Il punto di partenza accolto è costituito dalla qualificazione del diritto in chiave pragmatica. La riscoperta del diritto come pratica sociale⁴, in particolare, sconfessa la rottura epistemologica moderna che ha condotto a classificare la scienza giuridica come forma di filosofia teoretica⁵.

La modernità, infatti, ha individuato l'oggetto della conoscenza giuridica in qualcosa di completamente indipendente dal soggetto interprete, prima nella razionalità del giusnaturalismo e dopo nell'artificialità del giuspositivismo⁶.

Il fine della scienza giuridica non è, secondo l'insegnamento di Aristotele⁷, l'azione bensì la verità, intesa come corrispondenza della mente alla cosa⁸. Di conseguenza, il significato è un qualcosa di esistente a prescindere dall'interprete, il cui compito è la ricerca della verità. Il diritto è sostanza e non azione. Norme, fatti e valori si presentano come oggetti di esperienza isolabili e descrivibili⁹. Pertanto, la teoria del diritto è intesa alla stregua di una scienza naturalistica, la quale descrive il proprio oggetto senza tenere conto del coinvolgimento del soggetto¹⁰.

Ciò che più ha destato clamore nello schema delle rivoluzioni scientifiche di Kuhn, e che lo differenzia da Popper, è il criterio di transizione. Secondo il filosofo statunitense, la transizione non consiste in un miglioramento o estensione del vecchio paradigma ma in una sua ristrutturazione. La scelta del nuovo paradigma non è frutto di una nuova verità. A sancire il successo di una rivoluzione scientifica è il criterio consenso da parte della comunità scientifica, così come le rivoluzioni politiche sono fondate sul consenso della popolazione. Tutto si riduce, quindi, alla forza degli argomenti e al grado di persuasione.

Altro aspetto rilevante del pensiero di Kuhn è l'incommensurabilità dei paradigmi. Secondo Kuhn, tra i sostenitori del vecchio paradigma e i fautori del nuovo non è possibile alcuna forma di comunicazione o confronti, essendo gli stessi legati a due modi di vedere il mondo differenti. Lo scienziato che abbraccia un nuovo paradigma assomiglia a colui che indossa "occhiali con lenti invertenti".

³ Si tratta di una delle parole più abusate della postmodernità, basti pensare al recente saggio di P. ROSSI (a cura di), *La fine del diritto?*, Bologna 2009.

⁴ Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990.

⁵ Su questo momento di passaggio storico filosofico v. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, pp. 169 ss.

⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 novembre 2016.

⁷ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, 1094 b.

⁸ Per questa idea di verità L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989, p. 18 ss.

⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977.

¹⁰ Cfr. F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari 1999, p. 33.

La modernità giuridica avrebbe determinato tre grandi dicotomie, oggi in via di superamento¹¹.

Il diritto è, in primo luogo, distinto dal non diritto. In questo modo si sostiene l'autonomia del diritto dalle altre sfere del sapere e, soprattutto, l'avalutatività della scienza giuridica, il cui unico compito è la conoscenza della verità, così come unico compito del giudice è l'applicazione oggettiva e acritica della legge.

Diretto corollario della prima dicotomia è la distinzione tra fatto e diritto¹², che porta con sé la distinzione tra legalità ed equità, tra legalità ed effettività.

La modernità giuridica è caratterizzata, secondo la prospettiva in esame, da una sopravvalutazione dell'architettura formale del diritto, e in particolar modo, da una rassicurante fiducia nel modello sillogistico del ragionamento giuridico, fondato sulla netta separazione tra *questio facti* e *questio iuris*, tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto¹³.

Logica conclusione di tali premesse è la distinzione tra essere e dover essere, tra scienza del diritto e politica del diritto, tra diritto penale e politica criminale, tra legalità e legittimità¹⁴.

Il legislatore è l'unico legittimo produttore di norme giuridiche e compito del giurista è indagarne la struttura secondo un metodo oggettivizzante, veritativo e formale¹⁵.

“Il diritto viene ridotto a un insieme di cose, di sostanze (razionali, normative, empiriche o linguistiche, a seconda delle varie declinazioni della modernità), che sono prodotte da un autore eminente (il legislatore), descritte e sistematizzate dalla scienza, applicate passivamente dal giudice al termine di un processo concepito come <<servo muto>>¹⁶, mera cinghia di trasmissione che trasporta le sostanze normative a contatto dei fatti”¹⁷.

¹¹ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, p.1 ss.

¹² Cfr. P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII 2009, p. 1899

¹³ Tale distinzione si rinviene nella dottrina di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), a cura di R. Treves, Torino 2000, pp. 117-128.

¹⁴ La distinzione tra politica e diritto è sostenuta da H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 61. ss.

¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

¹⁶ L'espressione è di T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 529.

¹⁷ M VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., p. 7.

I tratti costitutivi della sovrastruttura della modernità giuridica non sono più in grado, tuttavia, di reggere l'urto della prassi, motivo per il quale un nuovo paradigma è in via di elaborazione.

Il punto di partenza è la riconduzione del diritto alla filosofia pratica¹⁸. L'oggetto del diritto è l'azione dell'uomo e il suo fine la giustizia. La conoscenza rinviene la propria utilità se e in quanto diretta all'agire¹⁹.

La descrizione del diritto dal punto di vista della ragione pratica pone in evidenza i fini e gli obiettivi delle procedure giuridiche.

Il sapere giuridico è un sapere applicativo, il quale muta al variare del contesto d'azione. Il significato del testo, punto di partenza di qualsiasi indagine giuridica, è decodificabile soltanto alla luce del contesto²⁰; non è qualcosa che preesiste all'interprete ma viene da esso co-determinato in relazione alla situazione in cui quel testo deve essere applicato.

In tale prospettiva, il lavoro dell'interprete è esaltato. Non esistono, infatti, regole operative perenni, valide per ogni esigenza ma soltanto le virtù dell'interprete, in particolare la sua prudenza. “È impensabile un uso dogmatico del sapere giuridico”²¹.

¹⁸ In merito alla filosofia pratica v. E. BERTI, *Filosofia pratica*, Napoli 2004.

¹⁹ Una profonda disputa filosofica sui rapporti tra conoscenza e vita è presente nell'opera del filosofo tedesco F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra*, a cura di G. Pasqualotto, Città di Castello 1986, p. 14 ss. Per il filosofo tedesco è possibile immaginare un intreccio tra vita e conoscenza che eviti sia il dominio della riflessione sulla vita sia il semplice abbandonarsi alla vita. In particolare, viene in questione un passo dell'opera di F. NIETZSCHE, *La Gaia Scienza* (1882), Torino 2015,; “No. La vita non mi ha disilluso. Di anno in anno la trovo invece più ricca, più desiderabile e misteriosa- da quel giorno in cui venne a me il grande liberatore, quel pensiero cioè che la vita potrebbe essere un esperimento di chi è volto alla conoscenza- e non un dovere, una fatalità, una frode [...]. La vita come mezzo della conoscenza: con questo principio nel cuore si può soltanto, valorosamente, ma perfino gioiosamente vivere e gioiosamente ridere. E chi saprebbe ridere e vivere bene, senza intendersi prima di guerra e vittoria?” (GS §324). Secondo Nietzsche, la vita non è il fine della conoscenza, così come la conoscenza non è il fine della vita. Nel primo caso si avrebbe un dominio della vita vissuta senza alcuna possibilità di comprendere, nel secondo caso si avrebbe uno sterile dominio della ragione. La vita è intesa, invece, nell'aforisma citato, come mezzo della conoscenza nel senso che la vita irrompe nel sistema dei concetti, nella architettura formale del pensiero, non per distruggere però idee e pensieri bensì per dare corpo ai pensieri e aria alle idee. La vita è qualcosa che sempre irrompe dentro la conoscenza e sempre ad essa sfugge. La vita attraversa la conoscenza e la trasforma. La vita costringe la conoscenza a sperimentare, a trasformarsi: la vita è il banco di prova della conoscenza. In questo movimento, il concetto di verità muta incessantemente. La verità non si coglie mai definitivamente, non si costruisce: la verità è il processo di trasformazione della vita e della conoscenza.

²⁰ Per l'importanza del contesto nell'interpretazione penalistica v. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI- C.E. PALIERO, Milano 2206, p. 515 ss.

²¹ M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2010, p. 18.

L'interprete diviene un mediatore tra il fatto e diritto, tra contesto e testo, tra legge e realtà, sempre pronto ad adattare il significato giuridico agli incessanti e inevitabili mutamenti della realtà²².

Le istanze che si contrapponevano nelle dicotomie sopra illustrate divengono ora termini di una relazione incessante e proficua: il diritto è relazione tra fatto e diritto, tra essere e dover essere, così come la scienza giuridica è ontologicamente aperta all'opera performatrice dei valori, che consentono all'interprete di ricondurre l'iniquità ad equità²³.

In questo scenario, brevemente descritto, s'interfacciano una serie di approcci che conducono inevitabilmente alla supremazia del ruolo dell'interprete, in particolare di quell'interprete privilegiato che è il giudice, non più mero applicatore della legge ma codeterminatore di senso, mediatore sempre pronto a creare laddove necessario.

Le teorie ermeneutiche²⁴ hanno costituito storicamente il punto di svolta affinché il nuovo paradigma che si sta esaminando potesse irrompere con forza nel dibattito giuridico odierno²⁵.

Il punto nodale dal quale si sono poi diramate diverse ricostruzioni è l'aver posto il primato del caso sulla legge²⁶.

La singolarità del caso concreto determina la centralità del momento applicativo e l'inseparabilità tra applicazione ed interpretazione²⁷. La fattispecie astratta assume una diversa fisionomia in relazione alla fattispecie concreta verso la quale è chiamata ad

²² In questa prospettiva si ritiene sussistere un profondo parallelismo tra il nuovo paradigma che prende corpo nel diritto e l'antico regime, in cui si assiste al progressivo declino del paradigma medievale. In tal epoca, protagonisti furono le grandi Corti, che, dialogando tra loro, garantirono la sopravvivenza di un diritto comune europeo, garantendo allo stesso tempo, però, la costruzione di un nuovo ordine statale. Il paragone è di M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., pp. 8-9.

²³ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 2016 n. 2, p. 10.

²⁴ L'uso del plurale è necessario onde non cadere nella eccessiva semplificazione di identificare un movimento con caratteristiche idealtipiche che in realtà non sono mai state presenti tutte insieme in un unico Autore. Nell'ermeneutica, infatti, confluiscono, oltre ai noti lavori di Gadamer, l'ontologia heideggeriana, le scienze umane di Paul Ricoeur, lo storicismo dell'ermeneutica romantica, le tesi di Derrida e Habermas, e l'epistemologia nordamericana di Kuhn.

Semplificare tale movimento sull'altare delle esigenze classificatorie sarebbe un'inutile forzatura. Molto più proficuo, invece, è limitare l'indagine agli unici aspetti davvero comuni e calarli nella filosofia del diritto, per verificarne l'attuabilità. Cfr. G. VATTIMO, *Opere complete. 1 Ermeneutica. Tomo 2*, Milano 2008.

²⁵ Le teorie ermeneutiche saranno oggetto di approfondita analisi, in rapporto con il diritto penale, nel terzo capitolo. Tuttavia si ritiene necessario già in questa sede fornire un'introduzione delle stesse, necessaria per affrontare le successive argomentazioni.

²⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV 2015, p. 131 ss.

²⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir., Annali V*, Milano 2012, p. 707.

essere applicata. La decisione del caso aggiunge, di volta in volta, un nuovo tratto al tipo legale, attraverso un procedimento a spirale²⁸ che si costituisce in un “*vagare qua e là*”²⁹ dell’attenzione dell’interprete dall’enunciato normativo al contesto fattuale.

La fattispecie ed il fatto si arricchiscono vicendevolmente, di volta in volta, in un processo sempre pronto a riattivarsi.

Il significato della formula legale è il frutto del concreto procedimento ermeneutico, innescato dalla precomprensione dell’interprete³⁰, che si conclude con una fusione di orizzonti tra testo ed interprete, soggetto alla verifica della comunità interpretativa³¹. Si assiste così al passaggio da un’ontologia oggettualistica ad una relazionale³²: il diritto è azione, prassi, relazione, somiglianza.

Il ruolo del giudice assume necessariamente una nuova configurazione. Non più bocca della legge, fedele applicatore della parola del legislatore ma mediatore tra fatto e diritto ed alla luce della forza normativa dei fatti, coautore della regola, protagonista dell’opera di continua attualizzazione della norma. Al giudice è demandata l’opera di “*perfezionamento creativo della legge*”³³ all’interno del contraddittorio processuale con le parti, che diviene pertanto la nuova sede di elaborazione della regola *iuris*. Il metodo sussuntivo diviene epistemologicamente sterile in quanto, nelle controversie giuridiche, la conclusione non è insita nelle premesse. La scelta delle premesse, da svolgersi alla luce del caso, diviene il fulcro del momento attuativo- interpretativo, in un processo di incessante positivizzazione³⁴.

Alla base di questa continua positivizzazione vi è il “*bisogno di disciplina*”³⁵ che la complessità dell’epoca contemporanea produce. Le esigenze connesse al multiculturalismo, all’incessante progresso tecnologico, al progredire della globalizzazione determinano l’incapacità della legge generale ed astratta a definire un

²⁸ La metafora è di W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli 2007.

²⁹ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzmwendung*, Winter 1963, p. 15.

³⁰ Fondamentale sul punto J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. S. Patti – G. Zaccaria, Napoli 1983.

³¹ La comunità interpretativa diviene il vettore di desoggettivizzazione dell’opera ermeneutica. Vedi E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Torino 2000.

³² Cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 1 ss.

³³ L’espressione è di GADAMER, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica (1986)*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 2001, p. 382

³⁴ Cfr. G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. ZACCARIA, Torino 1991, p. 329 ss.

³⁵ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica (1965)*, trad. it. G. Carlizzi, Bologna 2009, pp. 65-66.

significato certo ed immutabile, motivo per il quale è nel processo che i diversi interessi devono trovare il loro mai definitivo bilanciamento, attraverso l'opera di mediazione del giudice.

Parallelamente alla rivoluzione copernicana³⁶ condotta dall'ermeneutica si pone la filosofia del linguaggio ordinario di Wittgenstein³⁷.

A seguito della ritrattazione della sua tesi sull'analisi linguistica³⁸, il filosofo austriaco qualifica il linguaggio come forma della vita, che vive nella molteplicità degli usi dei parlanti e nelle diverse funzioni che gli si attribuiscono, a seconda dei contesti comunicativi. Da tale premessa sorge la tesi dell'interpretazione del significato come uso, espressa nella metafora dei giochi linguistici.

Il significato della parola è il suo uso nel linguaggio. Le parole non hanno un significato eterno, bensì il significato che deriva dal contesto d'uso³⁹; il linguaggio è un insieme di giochi linguistici, le cui regole variano da contesto a contesto.

Ciò implica l'assenza di confini definiti essendo il concetto di gioco per definizione sfumato. Non è possibile individuare un significato immutabile alle parole e quindi anche agli enunciati normativi. Il compito dell'interprete non può essere individuato nel rinvenire un significato astratto delle disposizioni e verificare se il caso di specie corrisponde a quel significato. L'interprete pone in essere relazioni tra testo e contesto, tra fatto e diritto, tra caso da decidere e caso paradigmatico.

³⁶ In questi termini la qualifica M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., p. 139.

³⁷ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it. di R. Piovesan e M. Trinchero, Torino 1983.

³⁸ Allievo di Russell a Cambridge, Wittgenstein scoprì un'immensa passione per la logica e per la filosofia. La sua prima grande opera, il *Tractatus logico-philosophicus* del 1921, è considerata il fondamento del pensiero dei filosofi appartenenti al Circolo di Vienna. Si tratta di un movimento di giovani filosofi che tra il 1924 e il 1938 si riuniva periodicamente nella capitale austriaca. Punto nodale del loro pensiero è la critica alla metafisica, considerata un perverso linguistico. Il significato di una proposizione è il metodo della sua verifica, pertanto, risulta dotata di senso soltanto la proposizione sottoposta a verifica empirica. Risulta così elaborato il criterio della verifica, secondo cui un enunciato per essere verificato deve essere scomposto in unità linguistiche minime, che si riferiscano a esperienze elementari. Il primo Wittgenstein aderisce al principio di verifica, seppur si differenzia dal Circolo di Vienna perché non ritiene la metafisica priva di senso, in quanto attiene comunque alla dimensione più profonda dell'uomo. Semplicemente Wittgenstein ritiene che la filosofia non debba occuparsi della metafisica, proprio perché non verificabile. In seguito, negli anni Trenta, Wittgenstein rivede la sua posizione giovanile e supera il criterio di verifica, non considerato più un utile criterio di significanza degli enunciati. Soprattutto, egli rinuncia alla costruzione di un linguaggio ideale e perfetto.

Per lo sviluppo della filosofia di Wittgenstein cfr. D. MASSARO- G. FORNERO, *Fare filosofia. Temi, testi, laboratorio*, Torino 1999, p. 125 ss.

³⁹ Celebre è la metafora in cui il filosofo paragona il linguaggio a una vecchia città, in cui vita e storia s'intrecciano, con scambi e interazioni complesse.

La tesi ermeneutica della inesorabile natura normativa della giurisprudenza, cui è affidato il compito di ricondurre ad equità la legge, trova conferma nella specificità del linguaggio giuridico, il cui significato non è predata ma da ricostruire alla luce del contesto d'uso, che muta incessantemente.

In tale percorso evolutivo, il giurista, perse le sue certezze rassicuranti, trova un fertile confronto con gli ordinamenti di *common law*, che non hanno subito la rottura della moderna epistemologia, essendo sempre rimasti fedeli alla natura pratica della scienza del diritto. Per gli studiosi di *common law*, il momento applicativo rivela l'essenza pratica del diritto, ed è in tale momento che avviene una corretta sintesi tra giustizia e certezza⁴⁰.

2 Interpretazione e diritto penale. Trasfigurazioni della legalità.

Centro nevralgico del tentativo di costruzione di un nuovo paradigma è il concetto di interpretazione⁴¹. In via di prima approssimazione, si può definire l'interpretazione come l'operazione di attribuzione di significato ad un segno⁴². Ogni teoria dell'interpretazione cerca di ricostruire tale attività.

Per affrontare tale problematica nell'ambito del diritto penale sono necessarie talune premesse di ordine generale.

Il tema dell'interpretazione implica inevitabilmente una dimensione filosofica che precede e trascende il problema tecnico giuridico dell'interpretazione⁴³. Il nesso tra interpretare e comprendere, così ben esposto dal filosofo tedesco Hans Gadamer⁴⁴, impone al giurista di evitare visioni parziali e prive di premesse ideologiche.

⁴⁰ Significati le parole del prof. Pietro Nuvolone, secondo il quale il confronto con la cultura anglosassone potrebbe produrre "notevoli effetti: il primo, di liberarci da ogni residuo irrazionalista, al quale, del resto, noi italiani non siamo costituzionalmente portati; il secondo, di svincolarci definitivamente dal dogma statalista, che intristisce la vita del diritto, accentuando, invece, l'interesse scientifico per il problema delle fonti; il terzo, di favorire ampie riforme legislative, intese a dare un più largo posto a norme suscettibili di comprendere, pur senza sacrificare le esigenze di certezza obbiettiva, una realtà sociale in evoluzione; quarto, di orientare la scienza del diritto verso la ricerca di categorie sostanziali, altrettanto certe, seppur difficili da scoprire, di quelle formali". P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Archivio penale*, 2/1946, pp. 278-281.

⁴¹ Indicative le parole di S. SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1970, p. 12 "se il giudice dipende dalla legge anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi. Naturalmente questo punto di incontro non può che essere l'interpretazione".

⁴² Definizione sostanzialmente accolta anche da F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 106.

⁴³ Parla di problema speculativo E. PARESCE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1972, p. 152 ss.

⁴⁴ H. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 10 ss.

L'interpretazione richiede un punto di vista⁴⁵ dal quale comprendere e l'individuazione di tale punto di vista è operazione necessaria e preliminare, onde non cadere in dispute sterili racchiuse nella dimensione del tecnicismo⁴⁶. Ogni interpretazione è mossa da un preciso interesse vitale, ed è l'individuazione di tale interesse vitale a dover essere oggetto di analisi⁴⁷.

La seconda premessa di ordine generale riguarda l'oggetto dell'interpretazione. S'interpreta qualcosa di problematico, di complesso, che implica una certa dose di instabilità e di dubbio. Il pluralismo è la premessa necessaria per poter discutere di interpretazione⁴⁸. Da questo punto di vista è necessario riproporre la distinzione concettuale tra disposizione, intesa come enunciato linguistico grezzo, pura sintassi e semiotica, e norma, quale prodotto dell'opera interpretativa nata dal pluralismo di significati estrapolabili dalla disposizione⁴⁹. È nel passaggio dalla disposizione alla norma che si situa la presente indagine⁵⁰.

Infine, dal punto di vista terminologico il tema dell'interpretazione impone una chiarificazione concettuale. Con il termine interpretazione si indica, secondo una terminologia generalmente accolta, sia l'attività interpretativa che il risultato interpretativo⁵¹. È proprio questa duplicità di significati che consente di indagare

⁴⁵In particolar modo, il principio d'indeterminazione di Heisenberg ha causato un cambiamento radicale nell'osservazione dei fenomeni. Esso, afferma che è impossibile determinare, con precisione e allo stesso tempo, due variabili osservate al microscopio, perché ogni osservazione diretta a determinare una variabile, in quando adotta l'energia luminosa comporta una perturbazione nel sistema oggetto di osservazione e misurazione. Tale scoperta scientifica ha dimostrato quindi che ogni osservatore produce delle modifiche imprevedibili dell'oggetto osservato e, pertanto, traslato in campo filosofico, ogni interpretazione è indissolubilmente legata al punto di vista di partenza. Per gli sviluppi della filosofia in relazione al principio di indeterminazione v. M. DE BARTOLOMEO- V. MAGNI, *I sentieri della ragione. Filosofie contemporanee*, Milano 2003, p. 125.

⁴⁶Di grande interesse anche per lo studioso del diritto penale è il dialogo tra il filosofo Emanuele Severino e Natalino Irti in merito al rapporto tra tecnica e diritto. In particolare si veda N. IRTI- E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma- Bari 2001.

⁴⁷Cfr. L. PAREYSON, *Filosofia dell'interpretazione*, Torino 1988.

⁴⁸Cfr. U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990. Il pluralismo quale condizione dell'interpretazione è dimostrato anche dall'assonanza che nella lingua italiana assumano i termini ermetico ed ermeneutico. Nella mitologia greca, d'altronde, Hermes è sia l'inviato degli dei che il patrono dei ladri. Per questi considerazioni vedi F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 116; C. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Milano 1994.

⁴⁹ Si tratta di una distinzione ormai accolta nella teoria generale del diritto. Cfr. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964. Per una rivisitazione in chiave scettica v. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, pp. 15-18; id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, p. 17 ss.; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, cit., p. 2 ss.

⁵⁰ Sottolinea l'importanza della distinzione anche nel diritto penale M. DONINI, *L'europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011 , p. 62 ss.

⁵¹ La chiarificazione si deve a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1990, p. 18.

l'intero processo interpretativo, dal reperimento delle fonti alla concreta decisione processuale.

Da tali premesse è possibile indagare il nesso che intercorre tra questo nuovo paradigma di diritto penale che cerca di insinuarsi nelle trame della postmodernità ed il ruolo attribuito all'interpretazione. In particolare, proprio in virtù della dimensione filosofica della interpretazione, si cercherà di dimostrare come sia in atto, anche se non del tutto in maniera consapevole, il tentativo di sostituire alle premesse ideologiche del principio di legalità le nuove frontiere della teoria della interpretazione, caratterizzate dall'assenza di una nozione forte di sistema a favore di una mobilità dei poteri.

Nell'odierna disputa filosofica possono individuarsi diversi approcci alla teoria dell'interpretazione: cognitivisti, scettici, realisti, misti⁵².

È opportuno precisare che tra tali diversi approcci non possono formare oggetto della presente indagine le teorie scettiche o realistiche.

La tesi scettica sostiene che l'interpretazione costituisce un atto di decisione privo di vincoli, sempre creativo e libero⁵³. Ogni interpretazione è consentita ma il tal modo si apre il diritto all'irrazionalità, impedendo qualsiasi forma di dibattito scientifico.

Il realismo giuridico, invece, a partire dall'indeterminatezza del fenomeno giuridico, ritiene che le indagini più proficue in materia giuridiche siano quelle psicologiche e bibliografiche sull'interprete, ed in particolare sul giudice. Ogni decisione ha una componente di irrazionalità, che dipende da giudizi di valore di carattere emozionale⁵⁴. Seppur in alcune valutazioni sia condivisibile⁵⁵, l'approccio realistico preclude qualsiasi valutazione di tipo prescrittivo, che si interroghi sui limiti dell'interpretazione e sulla individuazione di una giusta e corretta forma di interpretazione.

⁵² Si segue in parte la classificazione di G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, cit., p.1, a cui però si aggiunge la distinzione tra realismo e scetticismo.

⁵³ Pur nella molteplicità delle posizioni scettiche, particolarmente significative sono le posizioni di B. SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia de retorica juridica*, Coimbra 1980 e di D. KENNEDY, *Form and substance in private law adjudication*, in *Harvard Law Review*, num. 89, 1976. In particolare quest'ultimo sostiene la radicale indeterminatezza del diritto e il carattere sempre e solo politico della giustizia. Pertanto il giudice, nell'atto del decidere, persegue il proprio obiettivo politico, senza alcuna forma di condizionamento.

⁵⁴ Cfr. J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara 1993.

⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, ad alcune tesi del filosofo Alf Ross, soprattutto laddove attribuisce importanza nel contesto giuridico alla politica del diritto ed ai giudizi valoriali. Secondo il filosofo scandinavo, il giurista deve essere consapevole di quando fa politica e di quando fa scienza. Tuttavia, secondo Ross, nelle decisioni politiche vi è sempre una dose di irrazionalità, rispetto alla quale, allora, non è possibile alcuna teorizzazione o discorso prescrittivo. Per tale motivo, nell'ambito della argomentazione, si sostituisce la logica con la retorica. Per le tesi in esame si vede l'opera principale A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it. di G. Gavazzi, Torino 1965.

È nella disputa tra approccio cognitivista, secondo il quale l'interpretazione è scoperta di un significato proprio del testo o della volontà dell'autore, ed approccio misto, secondo il quale la trama inevitabilmente aperta⁵⁶ della disposizione apre all'interprete un autonomo e legittimo potere di scelta, condizionato però da vincoli oggettivi⁵⁷, razionalmente indagabili, che si pone il nuovo paradigma postmoderno.

La dottrina dell'interpretazione, di matrice illuministica, che ha caratterizzato il paradigma moderno, è individuata attraverso l'analisi di due scuole principali.

La Scuola dell'esegesi del primo Ottocento adoperava un metodo interpretativo fondato sull'analisi letterale della legge in chiave grammaticale, in virtù della tesi della completezza dell'ordinamento. Il significato del testo di legge è insito nella trama lessicale e compito dell'interprete è applicarlo e non ricostruirlo⁵⁸.

In linea di continuità con la Scuola dell'esegesi si pone la dottrina pandettistica della giurisprudenza dei concetti, la quale privilegia un metodo logico- sistematico⁵⁹. Si tratta di un indirizzo portata avanti dagli allievi di F. C. Savigny, secondo il quale compito della scienza giuridica è l'edificazione di un sistema scientifico di matrice formale.

L'interpretazione è un'operazione attraverso la quale il giurista inquadra le norme in concetti sempre più ampi, attraverso progressive astrazioni, che consentono la costruzione di un sistema scientifico capace di risolvere qualsiasi controversia⁶⁰.

L'art. 12 delle Preleggi è frutto di tale modo di ragionare. La norma intende prescrivere al giudice i metodi di interpretazione della legge, favorendo una interpretazione di tipo letterale, perché *“nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio dalle parole”*, a cui si aggiunge il criterio sistematico ed il criterio volontaristico che richiama l'intenzione del legislatore.

Tale modello, in entrambe le sue versioni, è stato ormai completamente abbandonato dalla dottrina. Prima ancora dell'irrompere delle teorie ermeneutiche, come prima descritte nei loro tratti essenziali, è stato il filosofo Herbert Hart⁶¹ a rilevare la prima crepa epistemologica nel modello logico sussuntivo.

⁵⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, 2/1997, p. 40

⁵⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 2.

⁵⁸ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna 1995, p. 65 ss.

⁵⁹ Per una illuminante illustrazione del dibattito tra giurisprudenza dei concetti e giurisprudenza degli interessi, v. M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nella storia della metodologia giuridica moderna*, Napoli 1969.

⁶⁰ Cfr. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892.

⁶¹ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. A. Cattaneo, Torino 1965.

Secondo Hart ogni norma giuridica è contraddistinta da una “*zona di luce*”, ossia un ambito di casi all’interno dei quali l’interpretazione e l’applicazione della norma non sono dubbie, confermandosi in pieno il modello sussuntivo, ed una “*zona di penombra*”, all’interno della quale si situano i cosiddetti casi difficili, in cui l’interpretazione non è una operazione meccanica ma richiede momenti valutativi che mettono in crisi la logica formale. Nei casi difficili, la decisione del giudice si trasforma in regola base per la risoluzione dei successivi casi omologhi, che non potranno più essere perciò caratterizzati come difficili⁶².

La tesi di Hart, che ha rappresentato un momento fondamentale della dottrina giuridica ed è stata oggetto di numerosi dibattiti, conserva l’idea di una oggettività del diritto, indipendente dal soggetto che indaga⁶³.

In seguito si è cercato di dimostrare come la distinzione tra casi facili e casi difficili è essa stessa frutto del procedimento ermeneutico, non essendo possibile a priori stabilire quali siano i casi facili. È soltanto con il divenire dell’evoluzione della sensibilità giuridica che un caso può definirsi difficile o facile, mai quindi oggettivamente.

In questo solco si sono inserite le teorie ermeneutiche, le quali, attraverso un approccio misto, hanno confutato la tesi di un’oggettività esistente a prescindere dal procedimento ermeneutico.

“Al di fuori di atti di interpretazione nessuna norma positiva può confermarsi capace di fornire direttive per l’azione e finirebbe dunque per perdersi completamente la sua praticabilità. Di conseguenza il diritto stesso perderebbe una delle sue fondamentali ragion d’essere e cesserebbe in ultima analisi di essere diritto”⁶⁴.

L’ermeneutica pone la propria attenzione sulla scelta delle premesse del giudizio sillogistico. Le premesse normative devono essere ricostruite attraverso l’interazione tra

⁶² Celebre è l’esempio di Hart in merito al divieto di introdurre veicoli nel parco. All’interno di tale divieto è possibile individuare un nucleo applicativo di facile intuizione, come il riferirsi al divieto di introdurre automobili nel parco, in cui non vi è alcuno spazio di creatività nell’opera dell’interprete, che procede attraverso un semplice sillogismo. Nel caso in cui, invece, ci si interroghi sulla possibilità di introdurre nel parco una bicicletta o pattini a rotelle, il significato del divieto non appare immediatamente intellegibile e l’interprete dovrà operare per somiglianze di famiglia con i casi facili. Nei casi difficili, pertanto, l’interprete compie una scelta di responsabilità, la cui discrezionalità può essere molto ampia. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p.151.

⁶³ Per una ricostruzione del dibattito connesso alle tesi di Hart, v. M. LA TORRE, *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in AA. VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010, p. 345 ss.

⁶⁴ F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 175.

diverse fonti ed alla luce del caso concreto; le premesse fattuali sono frutto di una selezione induttiva degli elementi giuridicamente rilevanti⁶⁵.

Così ragionando, il legislatore perde la propria posizione di monopolio nella produzione del diritto, così che il giudice partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto. L'art. 12 delle Preleggi dimostra, in quest'ottica, la sua totale incapacità di vincolare realmente l'interprete, perché non esiste un significato proprio delle parole, ma soltanto un loro modo di essere nel preciso contesto linguistico in cui ci si trova⁶⁶.

Il significato è il risultato e non il dato di partenza del procedimento ermeneutico; è il momento applicativo quello in cui si colma la distanza tra il testo di legge ed il singolo caso. Non esiste alcuna intenzione del legislatore, soprattutto in senso psicologico, da ricercare, perché l'interprete adopera informazioni successive alla legge.

*“Il diritto è positivo soltanto in quanto interpretato”*⁶⁷, ed è proprio questa acquisizione delle ermeneutica ad aver fatto crollare il modello giuspositivistico derivante dalla filosofia illuminista.

Dello scontro tra paradigmi in atto, il diritto penale rappresenta l'ultima frontiera. Istituzionalmente poco incline alle innovazioni della teoria della interpretazione, il giurista che voglia affrontare il tema dell'ermeneutica nel diritto penale deve necessariamente confrontarsi con una serie di norme- principi che prima ancora che regole giuridiche, si pongono quali prescrizioni epistemologiche e filosofiche che delimitano qualsiasi forma di indagine⁶⁸.

In particolare, nel contesto ordinamentale italiano, tali sono le regole enunciate dagli artt. 25 Cost., 1 c.p., 14 preleggi. Il principio di legalità, in tutti i suoi corollari, ma in particolar modo nel principio di tassatività e determinatezza⁶⁹ e di riserva di legge⁷⁰, si è

⁶⁵ Cfr. G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in AA. VV. *Scritti per la XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, p. 241 ss.

⁶⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 12 ss. D'altronde, anche le norme sull'interpretazione devono essere, a loro volta, interpretate.

⁶⁷ J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 184.

⁶⁸ Per adesso ci si soffermerà pertanto sulle declinazioni del principio di legalità. Tuttavia è necessario fin da ora chiarire come i principi costituzionali che caratterizzano il diritto penale costituiscono una trama inscindibile, capace di attribuire un significato preciso all'intero sistema penale. Sulla interrelazione dei principi v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 115 ss.

⁶⁹ Fondamentali sul punto S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova 1979; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979. Dal punto di vista della manualistica, cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2016, p. 72 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2015, p. 60 ss.

sempre posto quale limite invalicabile di ogni discorso in merito all'interpretazione creativa in diritto penale.

Non è un caso che il diritto penale sia stato paragonato a *“una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati”*⁷¹.

Dinanzi all'irrompere delle teorie ermeneutiche, allora, la scienza penalistica, legata alle coordinate del principio di legalità formale, avrebbe opposto resistenza, secondo percorsi diversificati.

Diversamente da chi ritiene ancora valide le conquiste illuministe, e anzi auspica un ritorno ai principi⁷², vi è stato chi ha riconosciuto la validità delle tesi ermeneutiche, ridimensionandole però nel settore penalistico, governato da regole interpretative proprie e peculiari⁷³.

Tuttavia tali resistenze si stanno progressivamente attenuando nel pensiero dottrinale e giurisprudenziale. I principi del diritto penale, messi alla prova dei fatti, *“esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati”*⁷⁴

Diversi fattori confermano questa tendenza al *“riorientamento gestaltico promosso dalle nuove consapevolezze teoriche”* e *“facilitato dalle profonde trasformazioni che la materia penalistica e l'ambiente in cui essa è immersa e da cui trae i suoi contenuti di senso e di valore, hanno subito in questi ultimi anni”*⁷⁵.

Innanzitutto l'incapacità del legislatore di formulare un precetto legale determinato ed in grado di orientare l'interprete sposta l'attenzione sul momento giurisprudenziale del diritto.

⁷⁰ Cfr. P. GRASSO, *Il principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, nella *Costituzione italiana*, Milano 1972; F. PALAZZO, *La legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino 1993; A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge- Regolamento- Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, p. 798 ss.; nella manualistica G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, p. 50 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 39 ss.

⁷¹ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo- Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2/1973, p. 272.

⁷² In questo filone possono annoverarsi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, *passim*; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, p. 299 ss.; C. LONGOBARDO, *Il diritto penale tra essere e valore. Per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia.*, A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017, p. 279 ss.

⁷³ È la tesi di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza- fonte*, Milano 2011., p. 63 ss. e di D. PULITANO, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?* in *Ars interpretandi*, 2/2016, p. 45 ss.

⁷⁴ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma- Bari, 2012, p. 13

⁷⁵ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica, cit.*, pp. 158-159.

Hanno contribuito a questa progressiva trasfigurazione della legalità fattori intrinseci ed estrinseci del sistema ordinamentale italiano⁷⁶. Da un lato, infatti, l'alto tasso di conflittualità politica ha condotto ad un utilizzo del diritto penale in chiave retorica e mediatica, positivizzando fattispecie di reato prive di un sostrato criminologico, fondate esclusivamente sull'esigenza di inseguire l'opinione pubblica⁷⁷; dall'altro l'erosione di sovranità subita a livello sovranazionale ha costretto il legislatore a condividere il proprio potere normativo con altre istituzioni.

Si è, pertanto, determinata una scienza della legislazione priva di una pregnanza contenutistica e stilistica, in grado di vincolare realmente il giudice, chiamato invece a completare l'opera legislativa in sede applicativa.

È sufficiente considerare le ultime riforme in materia di diritto penale per cogliere come il legislatore abbia rinunciato ad una tecnica legislativa chiara e precisa, accontentandosi di semplici indicazioni di intenti volte ad individuare uno scopo, che sarà successivamente perseguito dalla giurisdizione. Si valuti, ad esempio, l'art. 452 *quater*, in materia di delitti ambientali, introdotto nel codice penale con la legge del 22 maggio 2015, n. 68. Uno degli eventi alternativi del disastro ambientale, nell'ambito di una disposizione già caratterizzata dall'assenza di precisione, è individuato nel mero cagionare abusivamente una offesa alla pubblica incolumità⁷⁸.

In questo modo è evidente come in sede di applicazione sorgano svariate scelte ermeneutiche in cui soltanto la bussola del caso di specie consente di arricchire il contenuto del tipo legale per addivenire ad una decisione.

Ancor più significativa la vicenda concernente la riforma del reato di false comunicazioni sociali⁷⁹. Per quel che qui interessa, il legislatore storico, nel riformare una fattispecie di reato densa di problematiche, ha attribuito alla giurisprudenza, come

⁷⁶ Cfr. G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen. 2014*, p. 404, il quale individua quali ulteriori fattori di deterioramento della scienza legislativa il sistema elettorale maggioritario e i continui scandali politici amministrativi, che hanno condotto a un ruolo della giurisprudenza di primo piano.

⁷⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. cit.*, p. 74 ss.

⁷⁸ Altrettanto indeterminati gli indici attraverso i quali valutare tale offesa, individuati nell'estensione della compromissione o negli effetti lesivi o ancora nel numero di persone esposte al pericolo, assistendosi tra l'altro a un improprio slittamento nell'ambito dei reati contro la pubblica incolumità. Per considerazioni generali sui reati ambientali e sul disastro ambientale v. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino 2015, p. 23 ss.; G. PALMIERI, *La codificazione dei reati ambientali: un'aspettativa delusa*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia.*, A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017, p. 707 ss.

⁷⁹ La vicenda si è conclusa con un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, che sarà oggetto di analisi nell'ambito del terzo capitolo.

affermato dallo stesso primo firmatario della legge in una discussione al Senato, il compito di decidere se la nuova formulazione della disposizione consentisse o meno la punibilità del falso valutativo⁸⁰.

Tale tendenza legislativa si affianca al ruolo attribuito dalla Corte Costituzionale al diritto vivente quale parametro per valutare la determinatezza di una fattispecie normativa. In questo modo il principio di determinatezza perde una reale capacità prescrittiva, attribuendosi alla giurisdizione il potere di “risemantizzazione”⁸¹ dei termini legislativi. Il principio di determinatezza, pertanto, muta il proprio oggetto: non più la parola legislativa ma l’interpretazione del giudice⁸².

Il mutamento d’oggetto ha prodotto anche una inversione di prospettiva. L’esigenza a fondamento del principio di determinatezza viene individuata non più nella delimitazione e separazione dei poteri ma esclusivamente nell’esigenza di conoscibilità del precetto e delle conseguenze sanzionatorie, in un movimento che va dalla democrazia verso i diritti fondamentali. L’esigenza di tutela dei diritti fondamentali rinviene un diritto interlocutore nella giurisdizione, vanificando il ruolo di mediazione della fattispecie legislativa⁸³.

Il fattore forse più decisivo, sicuramente quello che ha velocizzato questo scontro tra paradigmi, è stato il processo di europeizzazione del diritto, che non soltanto ha sconvolto il sistema delle fonti ma ha introdotto modelli di diritto penale radicalmente differenti da quello interno.

In particolar modo, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si è fatta portatrice di una visione della legalità, fondata sull’art. 7 Cedu, eterogenea rispetto alla logica della nostra Carta Costituzionale, comprensiva della giurisprudenza quale legittima fonte del diritto e letteralmente appiattita sul versante della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, in un processo di scolorimento della legalità nella colpevolezza.

Il diritto europeo, con tal espressione intendendosi, per ora, sia il diritto dell’Unione Europea che il diritto convenzionale della Cedu, nel travolgere il sistema delle fonti, ha istituzionalmente aumentato la discrezionalità del giudice, che attraverso gli strumenti

⁸⁰ Per un commento critico su questa vicenda come forma di tradimento dell’*ars legiferandi* v. F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in the action*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016, p. 2 ss.

⁸¹ G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1431.

⁸² Cfr. F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in the action*, cit., p. 4.

⁸³ Non a caso si è individuato un lato oscuro dei diritti umani da M. MECCARELLI- P. PALCHETTI- C. SOTIS, *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid 2014.

della disapplicazione e della interpretazione conforme ha visto aumentare i propri poteri e le legittime scelte ermeneutiche⁸⁴.

Tutte queste linee di sviluppo convergono nella figura del giudice e nella presunta esistenza di un diritto di matrice giurisprudenziale anche penale⁸⁵.

Nel nuovo paradigma che si sta esaminando la categoria del diritto penale giurisprudenziale anziché ipotesi patologica legata alla logica dell'emergenza e della supplenza⁸⁶, diviene tratto strutturale di un nuovo sistema delle fonti.

L'individuazione della giurisprudenza quale legittima fonte del diritto *“genera preoccupazioni ed angosce: meglio allora non dirlo, meglio negarlo, meglio combattere come culturalmente pericolosi ed infedeli quegli sparuti studiosi che hanno il coraggio intellettuale (o incoscienza?) di svelare mistificazioni ideologiche che si nascondono nel bagaglio culturale del penalista normotipico”*⁸⁷.

Il principio di legalità formale assume in quest'ottica il ruolo di *“ostacolo epistemologico”*⁸⁸ che impedisce alla scienza penalistica di mutare paradigma⁸⁹ ed evolvere.

Il nuovo paradigma penale richiede *“un diritto a più voci, in cui quella del legislatore è una tra le tante del coro e non sempre la più intonata”*⁹⁰.

D'altronde, una volta sostenuto il ruolo normativo della giurisprudenza, che deriva dal primato del caso sulla legge e dall'inevitabilità della creazione giudiziale, la legalità pura di stampo illuministico non è più sostenibile, dovendosi preferire una legalità ibrida, composta da più autori⁹¹.

L'adesione a una prospettiva pragmatica, che rifiuti l'equazione tra precisione linguistica e principio di determinatezza, conduce all'abbandono dell'idea della verità

⁸⁴ Le implicazioni del diritto europeo, proprio perché ritenuto il punto di massima rottura del paradigma moderno, saranno oggetto di analisi nel secondo capitolo.

⁸⁵ Riconosce questa categoria A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia.*, A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017, p. 309 ss.

⁸⁶ Insuperabili gli insegnamenti sul punto di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997.

⁸⁷ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.* 2005, p. 1723.

⁸⁸ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris 1980, p. 13.

⁸⁹ Cfr. G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997.

⁹⁰ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, p. 2.

⁹¹ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 38.

come corrispondenza per addivenire ad un ideale di verità come coerenza⁹². La logica del plausibile, della ragionevolezza che conduce alla decisione, in assenza di un' incisiva capacità vincolante del dato legislativo, sposta l'attenzione del giurista dalla corrispondenza all'argomentazione.

Onde non cadere, tuttavia, in derive scettiche, l'interprete non può avvalersi del principio di autorità ma deve ricercare consenso nella comunità interpretativa. Il rapporto tra testo e interprete, tra soggetto e oggetto, si allarga ed annovera il concetto di uditorio⁹³.

L'interprete, nel suo argomentare, deve essere in grado di universalizzare⁹⁴ la propria massima e giungere alla persuasione del proprio uditorio.

3 Il valore politico della questione.

Come emerge dalla premessa svolta, il diritto penale è divenuto il terreno elettivo per consacrare un nuovo pensiero giuridico. In questo suo ruolo, tuttavia, esso emana una naturale forza oppositiva, in quanto strutturato su principi solidi, a loro volta fondati su premesse di stampo liberale- illuministico. Da qui il tentativo di rifondare tali principi attraverso un'opera di riorientamento gestaltico, intriso di premesse ermeneutiche, il cui modello di riferimento sono i sistemi di *common law*.

Non è un caso che nell'ambito della filosofia del diritto, i fautori di un valore creativo dell'interpretazione e dell'impossibilità di predeterminare la regola *iuris* appartengono all'universo civilistico, governato da principi differenti, epistemologicamente più consoni a un'ermeneutica giudiziaria di stampo evolutivo.

Come rilevato da un insigne civilista, “*gran parte del diritto civile affonda le sue radici, e ancora oggi riposa, sulla creazione giurisprudenziale. [...] Nel caleidoscopio della giurisprudenza trovano posto, dapprima in modo occasionale, poi in modo sistematico, interessi, esigenze, aspirazioni che il legislatore non vuole o non può adeguatamente curare e di cui si fa veicolo, più o meno consapevole, l'interprete*”⁹⁵.

⁹² Cfr. O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p.136.

⁹³ CH. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, trad. it. Giuffrè, Milano 1979.

⁹⁴ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), a cura di M. La Torre, Milano 1998.

⁹⁵ G. ALPA, *L'arte del giudicare*, 1996 Bari, p. 218.

Per tale motivo, in chiave storica, nella dottrina italiana, la teoria dell'interpretazione ha rinvenuto il proprio interlocutore privilegiato nel diritto civile⁹⁶. I primi grandi studiosi del diritto penale trascuravano completamente il tema dell'interpretazione⁹⁷.

Il diritto civile, e in genere il diritto privato, tuttavia si differenziano dal diritto pubblico, in cui rientra il diritto penale, dall'esigenza di estendere la propria regolamentazione all'incessante evolversi dei rapporti sociali e patrimoniali, servendosi dell'ermeneutica quale fattore di implementazione giuridica⁹⁸.

Il diritto penale, invece, per definizione riguarda i diritti fondamentali dell'individuo, non fosse altro perché la pena rappresenta essa stessa una lesione dei diritti fondamentali.

Una semplice e evidente osservazione permette, allora, di comprendere il pericolo che si annida in quest'operazione: estendere le maglie del diritto penale vuol dire restringere spazi di libertà. Soltanto questa valutazione dovrebbe suggerire un diverso approccio.

Prima di affrontare, pertanto, le specificità del diritto penale, onde valutare la legittimità e le conseguenze dei metodi interpretativi, bisogna chiarire la posta in gioco.

Considerare il problema dell'interpretazione nel diritto penale come una mera questione giuridica, di tecniche interpretative e risultati plausibili, rappresenterebbe una visione parziale e limitata, incapace di cogliere le reali dinamiche che si annidano nei movimenti giuridici in atto.

Il problema dell'interpretazione è di natura innanzitutto politica. In altri termini, nell'ambito del diritto penale l'allocatione della funzione interpretativa attraverso l'attenta ricognizione dei suoi limiti, implica lo stabilire chi sia legittimato ad impostare e perseguire politiche criminali.

*“Nella possibilità di un'interpretazione obiettiva della legge sono in gioco la separazione dei poteri e la legittimazione delle decisioni giudiziarie”*⁹⁹.

Ogni interprete del diritto penale dovrebbe confrontarsi con le parole di Cesare Beccaria. *“Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori.[...] Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di*

⁹⁶ Cfr. G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale* (1935), Milano 1975, p. 5 ss.

⁹⁷ Per un'attenta ricostruzione del problema dell'interpretazione nella dottrina penale degli inizi del '900, v. G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale, cit.*, p. 8 ss.

⁹⁸ Sotto quest'aspetto basti pensare alla parabola della clausola di buona fede, vettore di una riscrittura di molte categorie civilistiche. V. sul punto F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.

⁹⁹ D. PULITANO', *Sull'interpretazione e sugli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di E. DOLCINI- C.E. PALIERO, Milano 2006, p. 658.

tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi? In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccol disordine presente che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie. Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire, più fatali che quelle di un solo,

perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di un solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli. Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”¹⁰⁰.

Quello delineato da Beccaria è un sistema definito ideale, regolativo, in cui l'interpretazione è confinata a un'opera di meccanica e sussuntiva applicazione della legge. Ci si soffermerà sui limiti ma anche sull'importanza di un tale modello regolativo. Fin da ora è però opportuno sottolineare come tale schema corrisponde ad una chiara e feconda prospettiva politica, in cui la separazione dei poteri si declina in una diversità dei ruoli. Soltanto il legislatore può scegliere e determinare, nel perimetro individuato dalla Carta Costituzionale, diremmo oggi, le più opportune politiche criminali da perseguire e il giudice, pur all'interno di uno spazio ermeneutico variabile, non può tracciare un'autonoma politica criminale, facendosi portatore di istante di tutela, spesso a carattere emotivo a causa delle vicinanza con le sofferenze implicite nei fatti, che non trovano riconoscimento nella legge.

È questo principio che rischia di essere almeno modificato riconoscendo un valore creativo all'interpretazione.

Bisogna distinguere, tuttavia, due accezioni in cui il termine creazione può essere adoperato.

In una prospettiva forse impropria, assegnando all'interpretazione un carattere creativo si intende riferirsi alla scelta legittima tra più interpretazione del testo normativo, tutte plausibili, tramite i criteri di interpretazioni generalmente adottati. In un senso, invece, più forte, il termine creazione viene adoperato di scelta illegittima di significati che sono esterni rispetto al perimetro della disposizione¹⁰¹.

¹⁰⁰ C. BECCARIA, *De delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano 1839, par. 4.

¹⁰¹ La distinzione si deve a R. GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, Milano 2011, p. 27 ss. Significativo appare come, uno dei maggiori teorici del positivismo giuridico, come Hans Kelsen, sia stato tra i primi a riconoscere un valore creativo all'interpretazione. Il problema della scelta dell'interpretazione corretta, secondo Kelsen, è un problema di politica del diritto e non di scienza giuridica. Tra giurisdizione e legislazione vi è una differenza soltanto quantitativa e non qualitativa: il giudice, nel momento della decisione, crea la regola particolare destinata a governare il caso concreto. Per le tesi del filosofo v. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino 1985, p. 404 ss. Per una critica al pensiero kelseniano, volta a dimostrarne le contraddizioni v. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma- Bari 2016.

Tale distinzione, per quanto problematica¹⁰², non impone necessariamente una differenziazione. Entrambe le forme di creazione, propria ed impropria, violano il principio di legalità della pena e dei reati, rimettendo in maniera più o meno ampia scelte di politica criminale all'organo giudiziario.

Quando si riconosce una “*integrazione aristocratica della democrazia*”¹⁰³, affidando al potere giudiziario un ruolo di razionalizzazione dell'intero sistema, si compie una scelta che richiederebbe un riscontro ordinamentale al momento assente.

Il monopolio legislativo delle scelte di politica criminale appare, invece, ormai un concetto lontano dalla realtà. Il fenomeno di europeizzazione del diritto, da cui è conseguita una pluralità di produttori normativi, congiunto alla crescente concretizzazione della regola giuridica in sede giurisprudenziale, ha progressivamente ridotto la discrezionalità del legislatore¹⁰⁴. La qualifica di questa fase storica come inizio di un nuovo paradigma o patologia di un paradigma da difendere è l'oggetto della presente ricerca.

L'intersecarsi di politiche criminali fondate su sistemi differenti (il diritto europeo, il diritto giurisprudenziale, il diritto codicistico, il diritto costituzionale) crea uno spazio d'incoerenza in cui la discrezionalità dell'interprete, che può usufruire di regole diverse convergenti sulla medesima fattispecie, rappresenta la principale fonte di sviluppo dell'ordinamento.

La maggior parte delle riforme legislative in materia penale dell'ultimo decennio trovano, d'altronde, la propria genesi in fonti *latu senso* europee o in vicende giudiziarie.

A fondamento di questo percorso di logoramento del principio democratico sotteso al principio della riserva di legge non vi è tuttavia un piano predeterminato volto alla revisione del potere di esercizio della politica criminale. Ha favorito tale evoluzione dell'ordinamento la crescente delegittimazione della politica e la crescente complessità del reale. In questo scenario l'interpretazione giudiziale si è posta quale interlocutrice immediata delle esigenze sociali, giacché unica forma di potere capace di una risposta immediata. Tale ruolo, sovente denominato di supplenza giudiziaria¹⁰⁵, ha forgiato una metodologia basata su criteri sostanziali, sulla dialogicità, sulla svalutazione della

¹⁰² Critica apertamente questa distinzione G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.* 2013, p. 88 ss.

¹⁰³ U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, *Riv. filosofia*, 1987, p. 11.

¹⁰⁴ Cfr. A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia 2011*, p. 105.

¹⁰⁵ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza, cit., passim*.

tipicità, in una liquidità¹⁰⁶ a cui fondamento vi è una contaminazione tra diritto e morale. È sufficiente per ora considerare la diversa prospettiva degli ordinamenti continentali europei, vittimocentrici, volti pertanto naturalmente ad estendere le forme di tutela dinanzi ai bisogni del caso concreto, dalla prospettiva degli ordinamenti di stampo illuministico, incentrati sulla difesa del reo, nella ricerca di una sapiente sintesi tra garanzie ed efficienza nell'ambito della tipicità della fattispecie.

Sul piano, invece, delle trasformazioni sistemiche, il nuovo (dis)ordine delle fonti, coordinate in una struttura non più piramidale bensì reticolare¹⁰⁷, ha determinato l'esigenza di una razionalizzazione che non può non avvenire in sede giudiziaria¹⁰⁸. Il giudice giunge alla decisione attraverso la comparazione di ordinamenti diversi¹⁰⁹, che predispongono strumenti differenti e finalità diverse, aumentando in via esponenziale i propri poteri normativi¹¹⁰.

In questo scenario il tema dell'interpretazione assume un carattere necessariamente politico. Il rischio di un diritto penale differenziato, improntato ad un populismo penale¹¹¹, rappresenta il punto di conflitto tra la teoria ermeneutica e la difesa dei principi fondamentali del diritto penale.

Nell'affrontare, allora, le problematiche e le caratteristiche dello scontro tra paradigmi in atto deve tenersi conto del valore politico della questione, di carattere ordinamentale e sistemico.

4 Interpretazione e discrezionalità.

Nell'affrontare il tema dell'interpretazione in diritto penale, quale terreno di scontro tra paradigmi giuridici, è necessario premettere alcune delimitazioni concettuali.

¹⁰⁶ Cfr. C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajian sulla dialettica delle fonti in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, p. 1099 ss.

¹⁰⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 29 ss.

¹⁰⁸ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 141 ss.

¹⁰⁹ Riscontra nell'attuale fase storica della legalità una pluralità di formanti, ognuno con un proprio statuto, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli 2011, p. 2219 ss.

¹¹⁰ Cfr. A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., p. 111.

¹¹¹ Sulla logica del consenso nel diritto penale v. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 891 ss.; D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia* 2013, p. 123 ss.

Chiarita l'interconnessione tra interpretazione come attività ed interpretazione come risultato, l'oggetto di indagine riguarda quel particolare tipo di interpretazione con funzione decidente, ovvero il comprendere preordinato al fine di regolare l'azione. In questo tipo di operazioni, tipiche dei funzionari amministrativi e del giudice, il comprendere è orientato alla decisione, all'applicazione, all'attuazione del diritto¹¹².

Pertanto, ai fini della presente indagine, il concetto di applicazione del diritto comprende il fenomeno interpretativo, che a sua volta include un momento cognitivo e un aspetto produttivo. Si tratta di un concetto più ampio del mero comprendere, giacché implica momenti di decisione. Ciò che caratterizza l'interpretazione, almeno giudiziale, è la necessità di attribuire un senso non in vista di una pura conoscenza bensì di una decisione vincolante e coercibile rispetto a un caso individuale¹¹³.

La natura composita dell'interpretazione, conoscitiva e decisionale, consente di distanziarsi da quelle posizioni scettiche¹¹⁴ o esclusivamente giuspositivistiche che delimitano l'interpretazione ad uno solo dei momenti visti. L'interpretazione non è un atto di mera volontà, come invece sosteneva Kelsen¹¹⁵, ma neanche un atto di mera conoscenza. L'interpretazione giudiziale prevede momenti di stretta interconnessione tra aspetti decisionali e processi conoscitivi¹¹⁶.

L'utilizzo di una nozione così ampia d'interpretazione consente di assimilare nel medesimo discorso l'aspetto normativo e l'aspetto fattuale, l'interpretazione in senso stretto e l'applicazione del diritto, in coerenza con l'etimologia della parola, che richiama un porre in comunicazione aspetti di natura diversa. *“Il tra è il vero luogo dell'ermeneutica”*¹¹⁷.

Nel diritto penale il concetto d'interpretazione impone una delimitazione con un'attività affine dal punto di vista descrittivo ma in realtà sostanzialmente differente. Ci si riferisce al tema della discrezionalità¹¹⁸.

¹¹² Cfr. F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 111 ss.

¹¹³ F. MULLER- R. CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella Strukturierende Rechtslehre*, trad. it. E. Comelli, in *Ars interpretandi* 2/1997, p. 75 ss.

¹¹⁴ Ad es. R. GUASTINI, *In tema di conoscenza del diritto*, in *Foro italiano*, 1987, p. 376 ss.

¹¹⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 117 ss.

¹¹⁶ A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli 1979, p. 20 ss.

¹¹⁷ V. VITIELLO, *Ethos e natura*, in *Paradosso*, 2/1992, p. 9.

¹¹⁸ Sul tema v. E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 745 ss.; A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337 ss.; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1983; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1976, p. 51 ss.; T. DELOGU, *Potere*

Le ipotesi di discrezionalità del giudice si sostanziano in un rinvio al caso concreto dovuto dall'assenza di tipicizzazione di una fattispecie. Il legislatore rinuncia a predeterminare gli infiniti modi di essere della realtà e rinvia al giudice il potere, vincolato nel fine, di determinare il trattamento penale.

In realtà, oltre queste formule iniziali, non vi è convergenza di vedute in dottrina in merito all'identificazione dei casi di discrezionalità. Il tema è spesso intrecciato con quello dell'interpretazione degli elementi indeterminati della fattispecie¹¹⁹.

Secondo una particolare dottrina si avrebbe discrezionalità tutte le volte in cui si assiste ad una autorizzazione da parte del legislatore ad un'opera di eterointegrazione da parte del giudice della fattispecie astratta¹²⁰.

I concetti giuridici indeterminati sono caratterizzati da una gamma di ipotesi intermedie rispetto ai confini del concetto. In tale spazio si configurerebbe un potere di scelta discrezionale del giudice, non sindacabile o predeterminabile.

Tale considerazione è tuttavia il risultato di una confusione metodologica.

I concetti giuridici indeterminati sono frutto di una tecnica di tipizzazione del Tatbestand imperfetta e non di una scelta del legislatore di rinviare al caso concreto come il più idoneo ad esprimere *“quella gamma di valori che è suscettibile di condizionare un certo trattamento giuridico - penale”*¹²¹.

Il concetto giuridico indeterminato, da un punto di vista logico, non necessariamente richiede un'opera d'integrazione da parte del giudice. Come anticipato, esso comunque possiede due confini concettuali certi, in cui non è richiesta alcuna discrezionalità. Si pensi, ad esempio, agli elementi quantitativi o temporali, come il concetto di deterioramento significativo e misurabile richiesto dall'art. 452 *bis* c.p. Si tratta di un concetto giuridico indeterminato che, tuttavia, ci consente con certezza di escludere, senza alcun profilo di discrezionalità, tutti i casi di deterioramento trascurabile¹²². I casi di discrezionalità pura, invece, sono caratterizzati da una scelta fisiologica da parte del giudice, senza alcuna predeterminazione legale.

In questa prospettiva discrezionalità ed interpretazione si differenziano metodologicamente.

discrezionale del giudice penale e certezza del diritto, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, p. 371 ss.; G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova 2009.

¹¹⁹ Cfr. S. MESSINA, *op. cit.*, p. 182 ss.

¹²⁰ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, p. 161.

¹²¹ F. BRCIOLA, *op. cit.*, p. 157.

¹²² Per le possibili ricostruzioni dei parametri v. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati, cit., passim*.

Nelle ipotesi di discrezionalità il legislatore rinuncia ad una previa tipicizzazione e rinvia al caso concreto per individuare il trattamento penale, come avviene, ad esempio, in tema di attenuanti generiche o per il procedimento di commisurazione della pena. Nelle fattispecie connotate da elementi elastici, invece, è la natura del concetto o l'imperfezione della tecnica legislativa a richiedere una "*folgorazione intuitiva*"¹²³ da parte del giudice ai fini dell'accertamento della fattispecie.

Nelle fattispecie in parte indeterminate il caso concreto non svolge una funzione costitutiva. Esso consente di ricavare, attraverso la *ratio* della norma o il parametro valutativo in essa individuato, la regola per il singolo episodio. Nelle ipotesi di discrezionalità, invece, il caso concreto svolge una funzione costitutiva in quanto il legislatore non è in grado di stabilire in astratto il valore di un fatto. In questi casi è una ragione di carattere equitativo a spingere il legislatore a rinviare al caso concreto.

Nell'interpretazione, quindi, si assiste a un rapporto tra il testo legale e la norma ricavata per disciplinare una certa fattispecie; nella discrezionalità, al contrario, manca il rapporto con un testo legale¹²⁴.

Non deve confondersi tale delimitazione concettuale con il problema della creatività dell'atto interpretativo. Anche laddove si riconosca un valore creativo all'interpretazione, essa resta comunque distinta dalla discrezionalità. La creatività insita nell'interpretazione attiene al significato da attribuire ad un testo legale, in una operazione di codeterminazione del significato.

Nella discrezionalità, invece, non vi è alcun testo legale cui attribuire significato bensì un caso concreto a cui individuare il corretto trattamento penale alla luce dei principi del diritto penale¹²⁵.

Individuato il crinale distintivo, non può tacersi l'ipotesi in cui la tecnica legislativa, intrisa di elementi giuridici indeterminati, conduce a una totale assenza della fattispecie, senza la possibilità di individuare confini certi, almeno dal punto di vista negativo, dei concetti utilizzati. In questi casi, purtroppo consueti, si assiste certamente ad una discrezionalità dell'interprete ma si tratta di una discrezionalità diversa, in cui non è possibile predeterminare alcun fine in vista del quale fondare l'applicazione della

¹²³ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 173.

¹²⁴ Cfr. T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione e di applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.* 1957, p. 351 ss.; G. LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1959, p. 109 ss.

¹²⁵ La delimitazione concettuale svolta, in sostanziale adesione alla prospettiva proposta da Bricola, consente di escludere dall'ambito d'indagine il tema della commisurazione della pena in senso ampio, ricco di questioni problematiche e conflittuali che, tuttavia, per le considerazioni svolte, esula da un'indagine sull'interpretazione del giudice in diritto penale.

disposizione. Anche in questi casi, dunque, è chiara la differenza con l'interpretazione¹²⁶.

5 Questio facti e questio iuris.

L'indagine sulle caratteristiche di un nuovo paradigma penale di stampo ermeneutico deve, a nostro avviso, principiarsi dalla sua dinamica effettuale, quella processuale.

Se il diritto è una scienza pratica, volta a indirizzare e regolare l'agire umano, sede privilegiata in cui il diritto penale svolge tale funzione è il luogo processuale, con le sue dinamiche e le sue regole.

Le dottrine ermeneutiche si oppongono a una visione giuspositivistica della dinamica giudiziaria, secondo la quale tra norma e fatto sussiste un rapporto lineare: interpretata astrattamente la norma e accertato materialmente il fatto, è possibile compiere una mera deduzione sillogistica di comprensione. Il diritto è così concepito in previsione della norma astratta, nella cui latitudine giuridica l'interprete rinviene la soluzione per ogni caso concreto.

In un'ottica ermeneutica, invece, il rapporto tra norma e fatto è spiraliforme¹²⁷. Dalla vicenda umana il giudice (ma non solo¹²⁸) muove verso la norma, il cui significato è ricostruito dalle esigenze che pone il fatto, che a suo volta viene riscritto alla luce dei dati rilevanti secondo il senso normativo provvisoriamente attribuito alla norma giuridica. Il diritto si sostanzia, pertanto in un prodotto procedimentale tra norma e caso¹²⁹.

Per tali ragioni l'ermeneutica giuridica concentra le proprie indagini principalmente sull'interpretazione giudiziaria. Il ragionamento giudiziario vive in funzione del fatto e della sua regolazione¹³⁰.

L'interpretazione dottrinale, invece, si confronta con fatti ipotetici, non verificati o verificabili e dunque finalizza i propri studi alla comprensione della norma giuridica¹³¹.

¹²⁶ Il tema della discrezionalità sarà ripreso nel quarto capitolo, in connessione con la tematica dell'equità e della corretta individuazione di un ruolo dogmatico alla singolarità del caso concreto.

¹²⁷ La metafora si deve a W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 150 ss.

¹²⁸ Bellissime pagine sono dedicate al ruolo del pubblico ministero ed in particolare della formazione dell'imputazione sul ragionamento giudiziario da V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, Torino 2010, p. 175 ss.

¹²⁹ Cfr. G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1192 ss.

¹³⁰ Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, p. 285 ss.; F. CORDERO, *Giudizio*, in *Nss. D. I.*, Torino 1961, p. 881 ss.

Il terreno dell'epistemologia giudiziaria rappresenta, di conseguenza, il luogo ermeneutico per eccellenza. Nella prospettiva in esame, infatti, il tema dell'interpretazione è strutturalmente connesso con la dinamica probatoria.

In particolare, l'attività di qualificazione normativa della vicenda umana influenza la ricostruzione probatoria, imponendo la ricerca di determinati elementi di fatto, attraverso una sostanzializzazione delle attività istruttorie. Allo stesso modo i concreti risultati della ricerca probatoria influenzano l'attività di qualificazione normativa, piegando l'interpretazione della norma al significato in grado di avere un concreto riscontro nella fase probatoria. Tale seconda influenza prende il nome di processualizzazione dei concetti sostanziali¹³².

Per cogliere a pieno le implicazioni di tale prospettiva è necessario verificare in che modo si inseriscano nel giudizio giurisdizionale.

La dottrina processualistica¹³³ distingue il ragionamento giudiziario in due distinti momenti. In primo luogo il giudice deve risolvere la *questio facti* ed affermare se un certo accadimento, delimitato nello spazio e nel tempo, sia accaduto. Nel risolvere tale questione il giudice svolge un'attività di carattere cognitivo che sfocia in enunciati descrittivi.

In un secondo momento il giudice affronta la *questio iuris*, l'interpretazione della norma, ricostruendone il significato e le conseguenze giuridiche rispetto al caso di specie¹³⁴, elaborando enunciati prescrittivi.

Tale articolazione distinta si riflette nella struttura della motivazione della sentenza e sull'eventuale deducibilità di vizi in sede di legittimità.

La radicale separazione tra *questio iuris* e *questio facti* è frutto della dottrina, di matrice illuministica¹³⁵, del sillogismo giudiziale¹³⁶.

¹³¹ Cfr. E. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. ; F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. ; G. CARLIZZI, *op. cit.*, p. 1186.

¹³² Uno degli studi più autorevoli sul punto è di K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di F. Bricola*, a cura di F. CANESTRARI, Bologna 1998, p. 174 ss. Nella dottrina italiana v. G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, p. 75.

¹³³ C. SANTORIELLO, *Giudizio di fatto e di diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, Roma 2008.

¹³⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giu.*, XV, Roma 1990, p. 2 ss.

¹³⁵ Con riferimento al giudizio giuridico, il ricorso al sillogismo ha avuto come primo ed incondizionato sostenitore il Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit.: “in ogni delitto si deva fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge”.

¹³⁶ In merito al sillogismo nella logica v. F. COPI, *Introduzione alla logica*, Bologna 1987, p. 197 ss.

Secondo questa dottrina, il giudizio avrebbe una struttura logico- dimostrativa in virtù della quale accertato storicamente e scientificamente un determinato fatto, è possibile, attraverso la norma, regolarlo con un principio certo. La soluzione della *questio iuris* si pone, infatti, quale premessa maggiore del ragionamento giudiziale, mentre l'accertamento del fatto si colloca a livello di premessa minore. È soltanto nel momento della soluzione che le due premesse interagiscono secondo una regola d'inferenza deduttiva, senza tuttavia mai confondersi.

Nello sviluppo di tale teoria si è poi cercato di costruire la sentenza non come il frutto di un unico sillogismo, bensì come la concatenazione di una catena di sillogismi, il c.d. sorite aristotelico, in cui la conclusione di ogni sillogismo rappresenta la premessa del successivo¹³⁷.

Dal punto di vista penalistico, insita in tale visione meccanicistica- dichiarativa della giurisdizione, vi è il principio di determinatezza e tassatività. La chiarezza espositiva e la precisione terminologica sono premesse indispensabili per un corretto sillogismo giudiziale, così come l'oggettivismo scientifico in materia epistemologica è il presupposto fondamentale per l'accertamento della *questio facti*¹³⁸. Come osservava Beccaria "un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta".

Il modello sillogistico è oggetto di una penetrante critica nella teoria moderna del diritto. È possibile affermare, anzi, come oggi sia un modello in via di superamento, ritenuto incapace di fornire un reale apporto epistemologico al ragionamento giurisdizionale¹³⁹.

Il motivo ricorrente di critica al sillogismo, non solo da parte delle teorie ermeneutiche, è la sua sterilità epistemologica: si tratta di uno schema logico in nessun modo capace di accrescere le conoscenze del soggetto. La conclusione cui giunge il modello sillogistico è completamente insita nelle premesse, anzi ciò costituisce un requisito di correttezza del ragionamento deduttivo. Tuttavia, in particolar modo nella realtà processuale

¹³⁷ Cfr. P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, p. 11 ss.

¹³⁸ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996, p. 75, afferma come il presupposto del modello sillogistico sia una "moderna concezione scientistica, per un verso, e normativistica, per l'altro, ossia [a]lla riduzione del "fatto" oggetto di controversia a "fatto scientifico" ed [a]lla riduzione del diritto a norma entro una prospettiva statual-legalistica".

¹³⁹ Cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova 1938; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992; F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 409 ss.

penalistica, caratterizzata da norma con un grado di determinatezza piuttosto basso, l'individuazione delle premesse costituisce un procedimento in cui il giudice non si limita ad acquisire dati, scientifici o normativi, bensì partecipa alla costruzione della fattispecie normativa e della fattispecie materiale¹⁴⁰. Così operando, la certezza della conclusione non è insita nelle premesse. Il giudice si trova dinanzi a numerose scelte sia durante l'interpretazione della norma, come sostenuto dalle teorie ermeneutiche, sia nella fase di accertamento del fatto.

La conoscenza empirica non è sintetizzabile in un'accumulazione di dati oggettivi, essendo costantemente influenzata dal bagaglio teorico dell'osservatore e dal procedimento di osservazione, nel processo penale, quindi, prima nelle indagini preliminari e dopo nel processo con le sue sedi¹⁴¹. Anche il materiale fattuale rappresenta l'esito del procedimento probatorio e delle indagini preliminari e acquista una dimensione giuridica, influenzata dalla norma di riferimento formulata nell'imputazione, dalle regole del procedimento probatorio e dalla selezione della vicenda umana compiuta attraverso tali filtri¹⁴².

Lo sviluppo dell'epistemologia giudiziaria successiva alla critica del sillogismo quale forma del ragionamento non ha tuttavia abbandonato la distinzione tra *questio facti* e *questio iuris*.

Un approdo intermedio, infatti, pur consapevole della complessità dei passaggi decisionali, ha ritenuto adoperabile lo schema sillogistico verso la sola giustificazione giudiziale¹⁴³.

In tale prospettiva viene rielaborata, calibrandola sul contesto giudiziario, la distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione.

Si tratta di una distinzione elaborata nella filosofia della scienza dal fisico tedesco Hans Reichenbach¹⁴⁴ che separa nettamente la fase d'intuizione di una teoria scientifica dalla successiva opera di verifica della validità. Il presupposto insito in tale teoria è l'assoluta

¹⁴⁰ P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Ragionando con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 212; R. RAMPIONI, *In nome della legge (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 117; V. VELLUZZI, *Sulla nozione di interpretazione giuridica corretta (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.* 2004, p. 2588.

¹⁴¹ Esempiare la lezione di J. HRUSCHKA, *La costruzione del caso giuridico*, cit., passim.

¹⁴² Cfr. M. NOBILI, *Reazioni contro le inutilizzabilità probatorie*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 62 ss.; V. VILLA, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano, 1984, p. 34 ss.

¹⁴³ Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 131 ss.

¹⁴⁴ H. REICHENBACH, *Experience and Prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge*, The university of Chicago Press, 1938, p. 5.

impossibilità di razionalizzazione, e quindi di comprensione, del contesto di scoperta, governato dall'imponderabile intuizionismo dello scienziato. La scienza deve, pertanto, concentrare i propri sforzi sul contesto di giustificazione, sulla verifica delle ipotesi, ed in questa fase lo schema sillogistico è di enorme ausilio in virtù del suo rigore.

Nella sua rigidità questa distinzione non è stata accolta dalla dottrina giuridica e, in particolare, dalle teorie ermeneutiche, restie ad ogni rigida distinzione.

Già in campo scientifico si è cercato di dimostrare come la fase di elaborazione delle teorie non è indagabile soltanto sotto un profilo psicologico ma si avvale di protocolli determinati, inferenze induttive, del dibattito di una comunità scientifica¹⁴⁵.

Più significativamente, inoltre, si è dimostrata la difficoltà di traslare questa distinzione nel campo processuale.

La filosofia della scienza si occupa di ipotesi e di convalida delle stesse. Lo scenario processuale, invece, è governato da una serie di soggetti, che operano in un procedimento distinto in fasi precise, con regole proprie, destinato a confluire in un provvedimento finale necessariamente motivato. Ciò significa che ogni fase del procedimento è indagabile razionalmente non fosse altro perché costantemente vi è verifica della legittimità della procedura¹⁴⁶.

Alla luce di tali critiche, la più moderna teoria epistemologica è giunta a quadripartire le fasi che operano nel ragionamento giudiziale, individuando un contesto di ricerca, un contesto di scoperta, un contesto di decisione ed un contesto di giustificazione¹⁴⁷.

Il contesto di ricerca rappresenta la fase che prelude la scoperta ed è caratterizzata da una serie di passaggi euristici razionali e, come tali, rilevanti. Sull'esistenza di un tale contesto, in realtà, non vi è discordia nella dottrina, in particolar modo in una procedura formalizzata come quella processuale.

Il contesto di decisione, invece, divide maggiormente gli interpreti. Esso rappresenta l'insieme di fattori che s'interpongono tra la scoperta e la giustificazione ed attraverso i

¹⁴⁵ Cfr. I. LAKATOS, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica- Scritti filosofici* (1978), trad. it. di M. D'Agostino, Milano 1985.

¹⁴⁶ Cfr. G. UBERTIS, *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002

¹⁴⁷ Cfr. G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario*, cit., p. 1187.

quali il giudice verifica la propria intuizione, la sottopone a critica, la compara con le alternative¹⁴⁸.

Le teorie ermeneutiche si sono avvalse di tale elaborazione teorica per dimostrare come, però, le quattro fasi interagiscano tra loro.

La comunicazione di un episodio di vita all'autorità giudiziaria impone la risoluzione di questioni di fatto e di diritto, le quali per essere decise richiedono un'attività euristica che influenza la scoperta ed i metodi di ricerca, in un movimento circolare. Le quattro fasi, seppur rette da regole logiche e giuridiche differenti, sono unite dalla ricerca di una soluzione per la *questio facti* e la *questio iuris*, in modo tale che la loro distinzione risulti sostanzialmente ideale.

Dal percorso teorico illustrato, il paradigma penale che si sta indagando pone l'accento su due particolari aspetti, costitutivi di una diversa epistemologia ed ermeneutica giudiziaria.

In primo luogo viene in rilievo, come più volte chiarito, l'importanza della costruzione normativa del fatto e la sua influenza sull'interpretazione della fattispecie.

Nella dimensione processuale il fatto non è individuato in conformità a criteri scientifici ma si costruisce in un rapporto a spirale con la norma giuridica. Si instaura un procedimento di osmosi continua e costante comparazione tra norma e fatto, retto dalla logica della plausibilità¹⁴⁹.

Nel diritto penale questa relazione osmotica s'infittisce. Le fattispecie incriminatrici, infatti, non sono composte soltanto da concetti naturalistici, i c.d. elementi rigidi, accertabili mediante un chiaro riferimento scientifico o naturalistico¹⁵⁰. All'interno della fattispecie possono interagire anche fatti istituzionali, come la nozione di atto pubblico, elementi artificiali, tipici del diritto penale del rischio¹⁵¹, concetti di valore.

¹⁴⁸ Cfr. N. VASSALLO, *Contesto della giustificazione versus contesto della scoperta?*, in *Epistemologia* 1997, p. 147 ss.; C. PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.* 2005, p. 235 ss.

¹⁴⁹ Come nota R. KOSTORIS, *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1998, p.7 ss., l'art. 546, 1° co., lett. e), c.p.p., prescrivendo che la sentenza deve contenere la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, individua come criterio selettivo delle prove non l'inequivocità o l'irrefutabilità logica, ma più ragionevolmente l'attendibilità un concetto che sottende chiaramente una logica del probabile, imperniata sulla forza persuasiva delle argomentazioni.

¹⁵⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 100 ss. Ed anche i concetti naturalistici, comunque, come dimostra la moderna epistemologia citata, sono soggetti a variazione in base al contesto di riferimento, al soggetto osservatore, ed alle procedure di rilevazione.

¹⁵¹ Sempre valida la magistrale lezione di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1991.

Nell'accertamento di tali elementi, sovente vaghi ed indeterminati, l'orientamento svolto dalla fattispecie incriminatrice è essenziale, perché la norma pone un parametro giuridico intermedio attraverso il quale accertare l'esistenza. Si pensi, ad esempio, alla nozione di comunicazioni sociali individuata dall'art. 2621 c.c. in materia di falso in bilancio. Senza l'intermediazione della norma non sarebbe possibile in alcun modo accertare nella realtà cosa sia una comunicazione sociale, perché soltanto il contesto giuridico consente di valutare tale elemento.

Ancor più indicativo il riferimento, ad esempio, alla tutela dei mercati finanziari¹⁵², retto totalmente da nozioni artificiali, come ad esempio la manipolazione del mercato, il cui accertamento è impensabile senza un riferimento al contesto giuridico ed alla norma di riferimento.

L'operazione attraverso la quale il giudice arriva alla conclusione del proprio procedimento consta di una serie di trasformazioni semantiche delle due fattispecie, in cui la fattispecie concreta viene categorizzata mentre la fattispecie normativa è ridefinita alla luce del contesto fattuale.

Tale percorso euristico esclude la possibilità di separare rigidamente *questio facti* e *questio iuris* essendo entrambe presente in ogni fase del ragionamento giudiziale e la stessa motivazione della sentenza¹⁵³ non è suddivisibile in premesse di fatto e di diritto. In questo modo, d'altronde, mostrando la complessità del ragionamento giudiziario, si riesce ad evitare occultamenti di scelte discrezionali immotivate del giudice.

La struttura della decisione giudiziale assume un carattere aperto, insuscettibile di essere predeterminata in uno schema logico vincolante.

Dal punto di vista dei principi del diritto penale tale acquisizione interessa l'essenza del principio di legalità.

In tale prospettiva, il significato della legge è fissato in ultima istanza nel momento applicativo, talché il giudice partecipa fisiologicamente alla produzione del diritto. La certezza del diritto e, con essa, l'esigenza di uguaglianza, non può essere assicurata dal prodotto legislativo ma soltanto da una giurisprudenza costante e dall'applicazione giudiziale. I principi di determinatezza e tassatività devono essere rielaborati in

¹⁵² Cfr. S. PANAGIA, *La tutela penale dei mercati finanziari. La fattispecie penale a rischio default*, Torino 2011.

¹⁵³ F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, *passim*.

funzione processuale, nella declinazione delle massime e dell'interrelazione tra fattispecie concreta e norma giuridica¹⁵⁴.

Il secondo postulato che emerge dell'impostazione ermeneutica e dal suo correlarsi all'epistemologia giudiziaria attiene all'abbandono della logica formale.

Si tratta di un assunto molto importante che dovrà essere necessariamente approfondito¹⁵⁵.

Fin da adesso, però, è possibile cogliere l'aspetto principale.

La logica deduttiva, fondamento della concezione formale del ragionamento giudiziale, consente di stabilire le condizioni di validità della decisione contenuta nella sentenza. Il rispetto delle regole d'inferenza deduttiva permette di qualificare come giusta la decisione finale, la conclusione del ragionamento sillogistico.

Dimostrata la limitata, per alcuni assente, utilità nel ragionamento giudiziale, in quanto non consente di spiegare come il giudice giunge a individuare le premesse del ragionamento, si aprono inevitabilmente spazi per logiche ulteriori¹⁵⁶.

Senza voler scendere nella profondità dello studio della logica, ai limitati fini della nostra indagine, è sufficiente sottolineare come il punto di approdo di questi nuovi studi di logica giudiziaria è rappresentato dalla libertà della metodologia giudiziaria o, quanto meno, dall'impossibilità di individuare regole prescrittive vincolanti¹⁵⁷.

Superata la rigidità della logica formale, l'oggetto di interesse divengono le condizioni in virtù delle quali il soggetto processuale, in particolare il giudice, può compiere un giudizio intenzionale¹⁵⁸. Nulla assicura, però, la correttezza del giudizio.

Combinando tale affermazione con il carattere creativo dell'interpretazione fuoriesce la crisi teorica del principio di legalità secondo i fautori dell'ermeneutica giudiziale.

¹⁵⁴ Cfr. M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, secondo cui "concepita la relazione fra legge e la sua applicazione da parte del giudice come un circolo pragmatico[...] il significato delle leggi prodotte dal legislatore si fissa comunque, in ultima istanza, solo nell'applicazione, talché il giudice partecipa necessariamente - se non alla creazione, certo - all'identificazione del diritto oggettivo. Il diritto, da questo punto di vista, non è mai del tutto certo prima dell'applicazione al caso di specie: è semmai proprio quest'ultima - beninteso, insieme con tutte le altre applicazioni, e in relazione ai casi futuri - a renderlo più certo di quel che fosse prima. Insomma: non si può dare certezza del diritto contro, ma semmai solo tramite l'applicazione giudiziale". V. anche M. CAPURSO, *La crescita d'influenza dell'interpretazione giudiziaria sui processi di formazione del diritto: riflessi istituzionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, p. 1478.

¹⁵⁵ In particolare v. cap. 4 e cap. 5.

¹⁵⁶ Cfr. M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione*, cit., p. 109 ss.

¹⁵⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giuridica*, in *Criminalia* 2007, p. 78 ss.

¹⁵⁸ Bellissime pagine sono state scritte da G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, cit., p. 132 ss., sulla logica trascendentale, tema di scontro tra l'ermeneutica metodologica e l'ermeneutica ontologica, come emerge dalla polemica tra Emilio Betti e Gadamer.

L'interprete, dall'interazione costante tra fattispecie normativa e *questio facti*, accresce e rielabora il contenuto della norma penale, in un movimento che ha carattere necessariamente creativo; nell'elaborazione del suo ragionamento ci si può soffermare sulle condizioni del suo lavoro ma non sulla correttezza delle sue conclusioni. È evidente come il combinarsi di queste due affermazioni colpisce le fondamenta della struttura illuministica del diritto penale e del processo penale.

6 Il significato epistemologico del divieto di analogia.

Il secondo pilastro dell'ermeneutica giudiziale è rappresentato dalla riqualificazione del divieto di analogia¹⁵⁹, conseguenza dell'impossibilità di distinguere tra interpretazione estensiva, ammessa, e applicazione analogica, vietata.

In un certo qual modo il carattere necessariamente analogico di ogni atto interpretativo emerge già in parte dalle considerazioni svolte in precedenza. Tuttavia, nell'esaminare la questione è opportuno introdurre delle considerazioni di carattere più ampio, che coinvolgano il meccanismo della comprensione giuridica.

La dottrina penalistica¹⁶⁰ è solita ritenere il divieto di analogia costituzionalizzato per mezzo dell'art. 25 Cost., quale necessaria espressione del principio di tassatività¹⁶¹. In quest'ottica si suole distinguere tra interpretazione estensiva e analogia tramite il parametro del senso letterale delle parole.

L'analogia è un procedimento ermeneutico che travalica i confini letterali della disposizione, spezzando la linea di continuità tra fattispecie e che conduce a colmare una lacuna dell'ordinamento. L'interpretazione estensiva, invece, pur sfruttando le potenzialità semantiche della disposizione, rientra nel perimetro del senso letterale della norma, senza alterarne la fisionomia.

¹⁵⁹ Sull'analogia quale figura della teoria generale del diritto v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938; U. KLUG, *Juristische logik*, Berlin, 1951; L. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 349 ss.; N. AMATO, *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969; L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in *Studi Senesi*, XCVII, 1985, p. 430 ss.; M. ATIENZA, *Sobre la analogia en el derecho. Ensayo de analisis de un razonamiento juridico*, Madrid 1989; G. CARCATERRA, *Analogia. 1) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1-25; A. BARATTA, *Note in tema di analogia*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1961, p. 577 ss.,

¹⁶⁰ Per la manualistica v. G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Diritto penale*, Milano 2015, p. 70 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 118 ss.; D. PULITANO', *Diritto penale*, Torino 2011, p. 140 ss.; C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 94 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 69 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Milano 2015, p. 29 ss.

¹⁶¹ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 170 ss. A livello ordinario i riferimenti del divieto sono rappresentati dall'art. 14 delle Preleggi e nell'art. 1 c.p.

A fondamento del divieto in diritto penale si pone, pertanto, anche il principio di frammentarietà del diritto penale.

La corrente filosofica dell'ermeneutica sovverte completamente le considerazioni brevemente riassunte, sostenendo il carattere necessariamente analogico di ogni forma d'interpretazione.

L'*iter* teorico per sostenere tale tesi principia dall'individuazione dell'esatta natura dell'analogia e dei suoi profondi e connaturati legami con il fenomeno giuridico¹⁶².

L'idea giuspositivistica di una rigida distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva cade, secondo la prospettiva in esame, in una petizione di principio. Affermare che l'interpretazione si estende fino al possibile senso letterale della disposizione, in realtà, significa nient'altro che l'interpretazione è una forma di analogia. Il senso letterale della norma, infatti, è una formula vuota, un concetto equivoco, non immediatamente percepibile, che soltanto a seguito d'interpretazione diviene individuabile. Univoci possono essere soltanto i concetti matematici e non gli elementi di una fattispecie normativa.

L'interpretazione estensiva, pertanto, si sostanzia in una similitudine tra casi e non è retta da alcun altro criterio operativo che valga a distinguerla dall'analogia vietata.

Il vero significato del divieto di analogia deve essere ricercato all'interno della dimensione analogica, tra analogia ammessa e analogia vietata¹⁶³. Sarebbe vana la ricerca di questo confine attraverso il parametro dell'univocità dei concetti: non esiste un solo reato, infatti, i cui confini siano rigidamente individuati dalla legge in ogni suo punto.

Per la dottrina tradizionale, tuttavia, *“il divieto di analogia è un tabù. Chi lo tocca si prepari al rimprovero di essere ancora posseduto dallo spirito maligno della novella dell'analogia del 1935”*¹⁶⁴. È questa una delle ragioni per la quale, nonostante sia ormai diffusa la convinzione che nessuna distinzione logica plausibile sia tracciabile tra

¹⁶² Il prosieguo dell'analisi prenderà come riferimento le tesi di A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli 2003. Si ritiene, infatti, che siano delineate da Kaufmann le principali critiche al divieto di analogia, riprese successivamente dalla corrente dell'ermeneutica penalistica, come conferma G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p.1535 ss.

¹⁶³ Cfr. O DI GIOVINE, *L'interpretazione in diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, *passim*.

¹⁶⁴ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 17.

interpretazione ed analogia, il divieto di analogia in materia penale continua ad essere un dogma insuperabile¹⁶⁵.

Il divieto rinviene la propria origine nella cultura giuspositivistica e affonda le proprie radici nel principio di separazione dei poteri e tutela della libertà individuale. L'importanza dei valori in gioco inibisce l'allontanarsi dal divieto.

La corrente ermeneutica, invece, pur ribadendo, è bene sottolinearlo, la centralità della tutela della libertà individuale e del potere democratico, ritiene, paradossalmente, che dietro le argomentazioni ufficiali si annidino rischi ben più elevati per il comune cittadino sottoposto ai pubblici poteri. Ed infatti, la mancata consapevolezza del carattere intrinsecamente analogico dell'interpretazione estensiva consente alla magistratura di rifugiarsi dietro la qualificazione delle proprie operazioni come forme di interpretazione estensiva, celando in realtà analogie vietate, occulte. D'altronde, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, è sempre ribadita con forza la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva, ed accolta senza alcuna problematicità, a dimostrazione che dovrebbe essere compito della dottrina individuare l'essenza del ragionamento analogico per svelare le reali analogie vietate¹⁶⁶.

Le critiche mosse al divieto di analogia, come già accennato, sono intrinsecamente connesse con le disapprovazioni del modello sillogistico.

A fondamento di entrambi, infatti, come rileva Kaufmann, vi è un'ingenua adesione alle correnti unilateralmente normativistiche, le quali indagano il diritto a partire dalla norma, nella convinzione che partendo da quest'ultima si possa giungere alla decisione del caso concreto¹⁶⁷. L'ordinamento viene, pertanto, a delinearsi come un sistema razionalistico che garantisce una conoscenza della realtà adeguata ed esatta.

¹⁶⁵ Per una critica rigorosa a simili rivisitazioni del divieto di analogia in nome di esigenze ermeneutiche v. G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1254 ss.

¹⁶⁶ Emblematica Cass., 3 luglio 1991, in *Foro.it*, 1992, p. 146, dove si legge che l'interpretazione estensiva “*mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. l'interpretazione estensiva è pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico, invece, è creativo di una norma nuova che prima non esisteva. E ciò spiega perché il procedimento analogico sia incompatibile col principio di legalità, sancito legislativamente dall'art. 1 c.p. e costituzionalmente garantito dal secondo comma dell'art. 25 Cost.*”.

¹⁶⁷ Secondo Kaufmann è un'idea molto diffusa che trova la propria genesi nella metafisica. In particolare, su un argomento identico si fonda la famosa prova ontologica dell'esistenza di Dio, secondo la quale essendo Dio un ente perfetto, non può che necessariamente esistere. Dal punto di vista della metodologia giuridica, un metodo di carattere unilaterale e formale, tutto incentrato sulla dimensione normativa, è quello prescelto dalla giurisprudenza dei concetti, convinta di poter ricostruire l'intero fenomeno

Queste ricostruzioni, tuttavia, secondo Kaufmann, sono errate. Dividendo il processo di realizzazione del diritto in tre livelli, i principi del diritto, le norme giuridiche, le decisioni giuridiche, tutti e tre i livelli sono ritenuti coessenziali ma non è possibile in alcun modo declinare le norme dai principi così come le decisioni dalle norme.

Ogni livelli di applicazione della legge non è perfettamente contenuto nel precedente. Così ragionando, tuttavia, appare inadeguato il modello sillogistico del ragionamento giuridico ed, allo stesso tempo, l'espulsione dell'analogia dai fondamenti del diritto penale¹⁶⁸.

Se ogni livello del processo di applicazione del diritto non è interamente contenuto nel precedente, esso richiede un vettore per poter effettivamente concretizzarsi.

Kaufmann individua tale vettore nei concreti rapporti storici, che già contengono in qualche misura la propria disciplina e da qui deriva la sua famosa tesi secondo la quale *“diritto è la corrispondenza tra dover essere e essere. Il diritto è una corrispondenza, per cui la totalità del diritto non è un insieme di paragrafi né un'unità di norme, bensì un'unità di rapporti: un'unità relazionale. Unità relazionale, corrispondenza: ma questo significa analogia”*¹⁶⁹.

L'analogia rappresenta una dialettica tra identità e differenza, una relazione di somiglianza secondo un rapporto, il metodo attraverso il quale declinare le differenze in una sostanziale unità.

Il diritto, non soltanto penale, è fondato su ragionamenti analogici, su assimilazioni di ciò che è diseguale secondo un punto di vista nevralgico. Un esempio in campo penalistico è la clausola di equivalenza nei reati omissivi mediante commissione: punire l'omissione come fosse una azione altro non vuol dire che effettuare una analogia che consente di assimilare due concetti antitetici, come il fare e il non fare, dal punto di vista, però, della fattispecie normativa. Lo stesso legislatore, spesso, si avvale dell'analogia già in sede di formulazione della fattispecie, attraverso il metodo esemplificativo.

Emerge nitidamente come il problema cui l'analogia tenta di fornire una risposta sia il problema dell'uguaglianza, centrale in ogni ramo del diritto e, in quello penalistico, visti i valori in gioco, ancor di più.

giuridico per mezzo di connessioni formali tra concetti. A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 26.

¹⁶⁸ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., pp. 28-29.

¹⁶⁹ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., pp.31-32.

Alla base dell'analogia si trova il principio di universalizzabilità¹⁷⁰, una valutazione uguale di circostanze di fatto ritenute giuridicamente simili.

Se l'analogia è una forma di corrispondenza relazionale, di similitudine tra enti differenti, la vera difficoltà consiste nell'individuare il parametro che permette di considerare simili ciò che simile non è.

In ogni ragionamento analogico vi è una premessa latente che consente di passare dal particolare al particolare e stabilire una condizione di uguaglianza¹⁷¹. Si tratta del *tertium comparationis*, il perno del ragionamento analogico, che consente di stabilire relazioni tra le premesse del ragionamento.

Da quanto detto si comprende come anche il ragionamento sillogistico, se correttamente analizzato, ha un'ineliminabile natura analogica. Sussumere vuol dire far corrispondere fatto e norma. Se ciò è vero, allora, come già dimostrato nel paragrafo precedente, le due premesse del ragionamento sillogistico, la fattispecie concreta e la fattispecie normativa, devono essere eguagliate, costruiti in modo da corrispondere. *“La cd. sussunzione non è altro che una conclusione analogica che si compie all'interno della fattispecie”*¹⁷².

Sussunzione ed analogia potrebbero differenziarsi qualora, nella realtà delle cose, si possa tracciare una distinzione tra uguaglianza e similitudine. Si tratterebbe, però, di una ricerca vana, perché nella realtà materiale esistono soltanto similitudini e non identità. In questo senso, l'ermeneutica ritiene il divieto di analogia irrealizzabile ed insostenibile, per la semplice ragione che ogni sussunzione è già di per sé un'analogia, nei termini chiariti.

Come anticipato, però, l'analogia impone la ricerca di un *tertium comparationis* e in questa ricerca si annida la vera difficoltà per l'interprete.

Kaufmann individua il *tertium* nel senso, nella natura della cosa. Più nel dettaglio, *“la natura della cosa è il topos in cui si incontrano l'essere e il dover essere, è il luogo metodico del collegamento tra la realtà ed il valore. La conclusione del fatto alla norma o della norma al fatto è perciò sempre una conclusione attraverso la natura della cosa. La natura della cosa è il perno della conclusione analogica, è il fondamento del procedimento analogico sia legislativo sia di invenzione del diritto. Infatti, essa è il*

¹⁷⁰ Cfr. R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica.*, cit., *passim*.

¹⁷¹ Cfr. A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p.50.

¹⁷² A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 53.

medio tra la giustizia materiale e la giustizia normativa, e come tale l'autentica latrice dell'oggettivo senso giuridico, di cui si discute nell'ambito di ogni conoscenza"¹⁷³.

In questo senso, proprio perché la natura delle cose rappresenta l'intreccio tra fatti e valori, tra particolare e universale, tra essere e dover essere, essa rinvia naturalmente al tipo.

In questo solco s'inserisce la tesi fondamentale dell'ermeneutica secondo la quale le fattispecie penali sono dei tipi d'illecito¹⁷⁴.

Il tipo si differenzia dal concetto per il proprio carattere aperto. Mentre il concetto, infatti, ha una valenza classificatoria delimitativa, è imperniato della logica "aut-aut"¹⁷⁵, il tipo, invece, non si può definire ma soltanto, esplicitare. Accanto ad un nucleo fisso si muovono confini mobili, aperti, così che il tipo si adatta alla logica del molteplice, accogliendo al proprio interno una serie di gradi differenti. Col tipo si fuoriesce dalla logica formale e dalla sussunzione e si entra nella comparazione, nella relazione, nell'analogia.

L'assenza di confini rigidi è ciò che più spaventa il penalista. Tuttavia, secondo Kaufmann, non si deve cadere nell'errore di ritenere il tipo un concetto privo di dignità scientifica: *"se è vero che il tipo non è dotato di contorni fissi, immutabili, nondimeno esso è largamente sottratto alla nostra disponibilità. Non possiamo costruire tipi a casaccio. [...] In quest'ottica il tipo è ciò che è predato al legislatore e a ogni legislazione e conformazione del diritto. Compito del legislatore è descrivere tipi"*¹⁷⁶.

Kaufmann utilizza coscientemente il verbo descrivere e non definire perché un tipo non è definibile. Esso ha un contenuto variabile, è estremamente più ampio di qualsiasi formula legale. È evidente come, allora, l'analogia diviene il correlativo necessario del tipo e lo schema sussuntivo un metodo da superare. In questo vi è perfetta coerenza tra le tesi dell'ermeneutica: analogia, tipo, creazione, relazione divengono concetti connessi nella formazione di un nuovo paradigma e mutano il senso dell'interpretazione della fattispecie.

¹⁷³ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., pp.61-62. L'Autore riporta anche affermazioni di altri teorici che accolgono tale impostazione, tra cui A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, p. 177 ss., secondo cui *"natura della cosa è un trapassare a tentoni dall'ambito dell'essere all'ambito del dover essere"*, una *"relazionalità dialettica tra il normativo e l'effettivo"*.

¹⁷⁴ È la tesi con la quale ci si confronterà lungo tutto il lavoro e nello specifico, nel prossimo paragrafo e nel terzo capitolo.

¹⁷⁵ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 65.

¹⁷⁶ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p.66.

Alla luce di quanto detto il principio di legalità è destinato a mutare di significato. Sostenere un rigido divieto di analogia è operazione del tutto irrazionale. L'analogia è connaturale al diritto. Il principio di legalità esige allora che il legislatore descriva il tipo di illecito ed all'interno del tipo all'interprete sia consentita l'applicazione analogica. Sotto questo punto di vista, l'interpretazione teleologica altro non è che un'analogia legata al tipo¹⁷⁷.

Le conclusioni raggiunte da Kaufmann in questo lucido ed intenso saggio trovano conferme nelle attuali tendenze dell'ordinamento.

La tendenza a legiferare per clausole astratte e generali, attraverso formule vaghe, consente all'interprete di trovare un corrispondente normativo per le situazioni concrete, anche le più singolari, divenendo sempre più consapevole il ricorso all'analogia¹⁷⁸. Le incessanti aperture di senso connesse allo sviluppo tecnologico e alla trama complessa dei rapporti sociali impongono risposte immediate da parte della magistratura, che si traducono spesso volte nel trarre relazioni tra le norme esistenti e nuovi fenomeni emergenti, come la vicenda dei reati informatici, ad esempio, dimostra¹⁷⁹.

Occorre, però, giunti a questo punto, compiere una precisazione.

Lo sviluppo logico dell'ermeneutica giudiziale non conduce inesorabilmente alla creazione libera del diritto da parte dei giudici.

Il problema delimitativo viene traslato all'interno della dimensione analogica, nella ricerca di un *discrimen* tra analogia ammessa e analogia *contra reum* vietata¹⁸⁰.

Salvo taluni orientamenti scettici¹⁸¹, le tesi in esame confermano l'esigenza di porre un limite all'arbitrio giudiziale e di mantenere fermo il divieto di analogia, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di distinguere analogia ed interpretazione estensiva.

In questa prospettiva molti esponenti dell'ermeneutica¹⁸² focalizzano l'attenzione sulla formulazione della fattispecie e sull'esigenza di delimitare con precisione il tipo normativo. La prospettiva è, tuttavia, sostanzialmente diversa da quella comunemente

¹⁷⁷ Cfr. A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 71.

¹⁷⁸ Cfr. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., p. 1544.

¹⁷⁹ Per un'introduzione ai reati informatici v. C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova 2006.

¹⁸⁰ Non acquisisce particolare rilevanza in questa sede il dibattito teorico sull'ammissibilità dell'analogia in *bonam partem*, sul quale cfr. G. VASSALLI, *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1957, p. 607 ss.

¹⁸¹ Come ad esempio la concezione antilegalista della scuola del diritto libero tedesca. Cfr. M. GALDI, *La scuola del diritto libero*, Napoli 1907.

¹⁸² G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., p. 1559; W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia in diritto penale*, in *Ars interpretandi* 1997, p. 190 ss.

accolta con il principio di determinatezza. Invero, la precisione del legislatore deve concentrarsi sull'esatta individuazione e descrizione del tipo e non della fattispecie. Ciò significa un'apertura semantica della norma maggiore, che prevede come fisiologico il lavoro di completamente creativo da parte dell'interprete, all'interno però di una cornice di senso ben delineata.

Accettare un certo grado d'incertezza, ritenendola fisiologica, è un prezzo minore da pagare rispetto ad elaborare un sistema teorico assolutamente irrealizzabile che consente alla prassi di esporre la libertà umana ad una frode delle etichette. Per tale motivo si riafferma "*la funzione etica*"¹⁸³ che muove il divieto di analogia, il carattere politico "*informale*"¹⁸⁴ della regola.

Il risvolto applicativo forse più immediato, ancora una volta, si esercita verso la motivazione ed argomentazione giudiziale. La consapevolezza di un confine labile tra criteri interpretativi, del carattere necessariamente analogico dell'interpretazione, del superamento del rigido e rassicurante schema sillogistico, conduce il giudice ad un obbligo di motivazione suppletivo. Non potendo più adoperare l'argomento tautologico di considerare la propria interpretazione come estensiva, il giudice dovrà individuare esattamente il tipo di riferimento, i legami di somiglianza e diversità, il *tertium comparationis*, verificando l'universalizzabilità della propria massima.

Non mancano orientamenti che, pur condividendo l'esigenza di salvaguardare la libertà personale ed il carattere frammentario del diritto penale, si spingono oltre.

In una visione ermeneutica sistematica, infatti, chiarito il carattere necessariamente creativo dell'interpretazione analogica, in virtù del rapporto con l'irripetibilità del caso concreto, il divieto di analogia, anche alla luce delle indicazioni degli ordinamenti sovranazionali, giunge a condividere la medesima *ratio* del principio d'irretroattività, ai confini con il principio di colpevolezza¹⁸⁵.

In particolare, superata l'esigenza democratica a fondamento del divieto di analogia, in quanto la legalità pura è un'illusione, la tutela del carattere insulare del diritto penale in combinato disposto con la salvaguardia della libertà di autodeterminazione del soggetto, che deve essere posto in grado di poter prevedere le conseguenze del proprio agire, devono essere perseguite alla luce delle reali potenzialità del procedimento ermeneutico.

¹⁸³ G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., p.1556; nello stesso verso, seppur partendo da premesse differenti, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p.179.

¹⁸⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., p. 194.

¹⁸⁵ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 50 ss.

Il carattere analogico dell'interpretazione, infatti, non consente di escludere totalmente la possibilità di un'erosione dell'area della libertà personale del soggetto tramite l'ermeneutica giudiziale. Il carattere relazionale del diritto ed il suo fondarsi su tipi di illecito non consentono una rigida segmentazione delle aree di libertà¹⁸⁶.

Allo stesso tempo, l'esigenza di poter prevedere le conseguenze della propria condotta assume una connotazione relativa: il diritto penale deve tendere ad assicurare una ragionevole prevedibilità, garantendo all'imputato di non essere sorpreso da una sentenza che nessun uomo ragionevole poteva prevedere¹⁸⁷.

Il divieto di analogia deve assicurare nulla più che un tendenziale carattere insulare del diritto penale e la ragionevole prevedibilità delle conseguenze della propria condotta all'imputato. In questo modo, il principio di legalità è calibrato non più intorno alla fonte legislativa ed alle qualità sintattiche della fattispecie penale bensì in senso sostanziale, con particolare attenzione al linguaggio *in action*, al contesto di ricezione, alla comunità interpretativa.

Così inteso, il divieto di analogia completa il principio d'irretroattività, impedendo la punizione di un fatto di reato che al momento in cui era stato commesso non era previsto come reato *“la norma definita dal giudice all'esito del processo è stata aggiunta in modo non conforme ai principi che regolano l'attività ermeneutica del giudice e non risultava, al tempus commissi delicti, ragionevolmente prevedibile”*.¹⁸⁸

Appare evidente come si assista ad uno slittamento del principio di legalità verso il principio di colpevolezza. Sostituendo la categoria della determinatezza con quella della ragionevole prevedibilità, senza alcuna considerazione per il principio di riconoscibilità, si arriva ad impedire la punizione di fatti le cui conseguenze non erano ragionevolmente prevedibili, ossia fatti non colpevoli, secondo una comune nozione normativa di colpevolezza¹⁸⁹.

7 La nozione di tipo criminoso.

¹⁸⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 52.

¹⁸⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., p. 186. Su quest'aspetto vi è un profondo legame tra le teorie ermeneutiche e l'impostazione della giurisprudenza della Corte Edu in materia di legalità. Vedi *infra*, secondo capitolo.

¹⁸⁸ M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 58.

¹⁸⁹ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999, pp. 262-267.

Il paradigma penale moderno o postmoderno, secondo le prospettive, si basa dunque su due postulati fondamentali, che lo distinguono dal paradigma illuminista- liberale: il superamento del modello sussuntivo quale schema del ragionamento giudiziario e la scoperta del carattere necessariamente analogico del diritto e dell'interpretazione in particolare.

A fondamento di entrambe le tesi vige l'idea secondo la quale l'interazione tra la fattispecie normativa e il caso particolare produce uno spazio circolare, spiraliforme, in cui necessariamente l'interprete codefinisce la regola, arricchendo contenutisticamente la fattispecie normativa.

In campo penale tale prospettiva determina un riassetamento del principio di legalità, sia sul versante della determinatezza, che assume ad oggetto non più la precisione della formulazione legale bensì il procedimento applicativo della legge, ed il divieto di analogia, fermo nel suo carattere politico ma problematico in merito all'individuazione del suo effettivo contenuto.

A questo punto, come già visto nel pensiero di Kaufmann, le tesi ermeneutiche sfociano nel pensiero tipologico¹⁹⁰.

Nella dottrina penalistica, il concetto di tipo è spesso utilizzato con svariati significati, spesso scientificamente impropri. Tipo criminoso, infatti, viene inteso quale sinonimo di fattispecie penale, di comportamento vietato, di fatto criminoso¹⁹¹. Nella prospettiva in esame, invece, tipo e fattispecie rappresentano concetti distinti, evocati di una diversa legalità penale.

La caratteristica principale del tipo è la sua “*elasticità teorica*”, che consente “*di afferrare le svariate realizzazioni di una medesima proprietà, conservando le singolarità delle prime e, ad un tempo, l'identità universale della seconda*”¹⁹².

Il confronto analogico tra il tipo reale, per come accertato e costruito nel processo, ed il tipo legale, arricchito dall'interpretazione del giudice, consente di giungere ad una decisione giudiziaria¹⁹³.

Il tipo normativo consente al giudice di cogliere il senso della realtà, di ritagliare i segmenti di vita rilevanti, di attribuirgli un significato¹⁹⁴. Il tipo esercita quindi

¹⁹⁰ Il primo lavoro della dottrina italiana in merito al tipo criminoso, distinto dal tipo di autore è di A. A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo di autore*, Padova, 1967.

¹⁹¹ Come nota G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico concettuali e prospettive teorico pratica*, in *Ars interpretandi* 2/2016, p. 92.

¹⁹² G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., p. 97.

¹⁹³ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 63.

¹⁹⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 179.

un'efficacia performativa, svolgendo un'opera di qualificazione, sempre mutevole, della realtà.

L'esempio di Kaufmann sull'acido muriatico è esemplare sul punto. Ciò che consente di qualificare un acido muriatico come un'arma non dipende dal concetto di arma bensì dal tipo della rapina grave¹⁹⁵.

La connotazione essenziale del tipo, pertanto, è la sua teleologia: ogni tipo si differenzia per il fine pratico che tenta di raggiungere, gli scopi di tutela perseguiti in funzione del bene giuridico protetto.

Il tipo non è, tuttavia, un dato fornito dal legislatore, fisso ed immutabile, in grado di vincolare l'interprete. Esso si ricostruisce a partire da un tessuto di relazioni, è una nozione sfuggente, che appartiene alla logica ordinatoria. Il tipo, infatti, è *“anche il risultato dell'attività di concretizzazione interpretativa nel rapporto d'interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto”*¹⁹⁶.

Nel processo di tipizzazione, il legislatore descrive semplicemente un tipo, senza poterlo definire, consapevole che il processo legislativo innesca immediatamente una rete d'interpretazioni volte a ricostruire le diverse facce del tipo, in funzione della sua *ratio*. Il tipo criminoso parte dal testo legislativo e termina nell'applicazione creativa giudiziale. L'esigenza illuministica di voler racchiudere in una formula legislativa determinata e precisa i confini della fattispecie incriminatrice è destinata a rimanere delusa secondo i fautori delle tesi ermeneutiche.

I confini del tipo sono necessariamente sfocati¹⁹⁷ e volerli fissare una volta e per sempre significherebbe non aver compreso le reali potenzialità ermeneutiche del tipo¹⁹⁸.

L'interpretazione inammissibile e, quindi, i confini della fattispecie incriminatrice, si individuano nel contenuto di disvalore omogeneo che caratterizza il tipo criminoso. Estendere la disciplina del tipo a fatti contraddistinti da un disvalore disomogeneo significa violare i confini del tipo criminoso e, quindi, compiere un'analogia vietata. Secondo la terminologia della Corte Edu, l'interpretazione deve essere coerente con la

¹⁹⁵ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 69, riferendosi, ovviamente, all'ordinamento tedesco.

¹⁹⁶ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 38.

¹⁹⁷ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 121.

¹⁹⁸ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 39.

sostanza dell'incriminazione, con il suo contenuto valoriale¹⁹⁹. L'analogia vietata, allora, spezza il tipo²⁰⁰, lo dissolve in un vuoto contenitore, violando il principio di frammentarietà.

Un esempio di analogia ammessa all'interno del tipo criminoso è individuato dalla dottrina in un recente caso problematico²⁰¹, ossia la configurabilità della fattispecie di concussione rispetto ai casi in cui il pubblico ufficiale costringa taluno ad avere rapporti sessuali con lui.

L'art. 317 c.p., infatti, incrimina il pubblico ufficiale che costringa taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altre utilità. La nozione di altre utilità, secondo una prospettiva legata al tipo, non deve essere ricostruita semanticamente, attraverso il collegamento con il verbo dare. È vero che gli atti sessuali costituiscono un mero *facere*, tuttavia alla luce del tipo criminoso ricostruito sulla base del testo e dello scopo di tutela è possibile ritenere che il tipo della concussione contenga al proprio interno la fattispecie in esame o, allo stesso modo, che la vicenda umana del pubblico ufficiale che costringa taluno ad avere rapporti sessuali condivide il medesimo disvalore del tipo criminoso della concussione.

In particolare, dal punto di vista testuale, il verbo dare si coniuga non soltanto con l'oggetto denaro ma anche con le altre utilità. Ed allora, come dimostra la prassi linguistica, dare altre utilità è una espressione aperta ad una pluralità di significati, che possono comprendere anche il mero *facere* da cui derivi un'utilità.

Corroborata tale risultato l'indagine teleologica. L'art. 317 c.p. mira a punire la strumentalizzazione della funzione pubblica per soddisfare un interesse umano rilevante²⁰². Pertanto, è irrilevante se la controprestazione si concretizzi in un fare o in un dare, purché sia rispettato il dato teleologico del tipo criminoso.

In questo senso, il ruolo del giudice è sostanzialmente differente da quello idealtipico della bocca della legge. Nel dubbio se una data vicenda umana sia ricompresa in una fattispecie incriminatrice, il giudice non deve ricostruire il significato semantico dei termini che compongono la fattispecie, bensì deve individuare il tipo che ne sta alla

¹⁹⁹ La Corte Edu ha utilizzato questa locuzione a partire dalla sentenza del 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, par. 43, in F. VIGANO'- G. UBERTIS (a cura di), *Giustizia penale e Corte di Strasburgo*, Torino 2016, p. 236 ss.

²⁰⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: prime considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, p.1321.

²⁰¹ L'esempio è di G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., p.105.

²⁰² Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2012, p. 206 ss.

base, alla luce, tuttavia, del fatto, del testo, della trama d'interpretazioni che si sono susseguite nel tempo, confrontandosi con la propria precomprensione.

Accogliere una prospettiva tipologica significa anche, infine, favorire una diversa tecnica di incriminazione, fondata sui casi paradigmatici.

In questo senso, sia una tecnica di tipo casistico che forme di normazione descrittive analitiche, violano la natura aperta ed elastica del tipo. Il miglior equilibrio è, invece, fornito da una tecnica di normazione sintetica²⁰³, volta alla ricostruzione di un determinato tipo criminologico, attraverso l'enucleazione di casi paradigmatici, che non escludano le possibilità applicative della fattispecie incriminatrice verso casi diversi ed ulteriori ma portatori del medesimo disvalore²⁰⁴.

Come rileva Kaufmann, *“la nostra attuale incertezza, incertezza del diritto, deriva, in prima linea, non dal fatto che è peggiorata la comprensione concettuale delle leggi: piuttosto, non siamo più sicuri dei tipi retrostanti ai concetti legati”*²⁰⁵.

Il pensiero tipologico ed i suoi rapporti con l'ermeneutica penale sarà oggetto di indagine ancor più approfondita nel corso del lavoro²⁰⁶.

Nondimeno, è importante cogliere subito il profondo legame che viene ad instaurarsi tra superamento dello schema sussuntivo, analogia giuridica e tipo normativo, e dell'inevitabile conflitto con i connotati classici del principio di legalità, *sub specie* di riserva di legge, principio di determinatezza e tassatività.

8 Prospettive di indagine.

Il percorso fino ad adesso seguito ci ha permesso di indagare le prospettive connesse ad un potenziale nuovo paradigma penale, frutto dei postulati della teoria ermeneutica, che tenta un superamento dei principi di matrice liberale illuministica.

Il clima culturale e scientifico che attraversa la scienza giuridica, penalistica in particolare, favorisce l'emergere di nuove impostazioni metodologiche, di nuove prospettive di ricerca.

²⁰³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 65.

²⁰⁴ Cfr. M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., p. 693 ss.

²⁰⁵ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., pp. 66-67.

²⁰⁶ V. capitolo terzo.

Vi sono alcune condizioni materiali che, si è cercato di dimostrare, rappresentano il punto di partenza delle teorie ermeneutiche e delle diverse teorie che ipotizzano nuovi paradigmi penali.

Il carattere sistemico, ormai, dell'indeterminatezza legislativa è sicuramente il primo ed il più importante tra questi fattori. La legislazione postmoderna è caratterizzata da una semantica legale imprecisa e caotica, persa nei rinvii delle leggi speciali, e nella totale assenza di un collegamento con la realtà criminologica e le prospettive processualistiche²⁰⁷.

L'aumento del grado d'indeterminatezza del formante legale è condizione necessaria e sufficiente per il moltiplicarsi degli spazi liberi occupati dal diritto giurisprudenziale. Ben oltre il fenomeno della supplenza giudiziaria, attraverso un'indagine macroscopica, ci si accorge che una cospicua parte delle impostazioni dogmatiche oggi sono direttamente o indirettamente di derivazione giurisprudenziale. Tuttavia, nell'indeterminatezza non vi può essere verità. Ecco perché si teorizzano modelli di codificazione della regola, di processualizzazione dell'interpretazione, di argomentazione costituzionalmente orientata. D'altronde, gli stessi teorici dell'ermeneutica, salvo orientamenti disinvolti e anarchici, professano la centralità del testo legislativo e la necessaria predeterminazione legale del tipo criminoso.

La seconda condizione che ha reso possibile questa fase di transizione è la struttura multilivello dell'ordinamento. L'emergere della categoria del diritto legislativo illegittimo, dapprima per mezzo della Costituzione e, in secondo luogo, nelle varie e diverse forme di cessione della sovranità del nostro ordinamento, ha creato uno spazio in cui il giudice diviene un critico della legge, ricercatore della fonte adatta, risolutore di conflitti normativi. Tuttavia, dietro i conflitti normativi sussistono visioni diverse del diritto, modelli e regole differenti, esigenze da perseguire diversificate. Nell'assenza di una rigida gerarchia tra le fonti, il giudice è divenuto, tramite le proprie argomentazioni, arbitro delle sorti dell'ordinamento, dei suoi movimenti, ed è pertanto logico che categorie come quella della precomprensione svolgano un ruolo evidentemente performativo²⁰⁸.

In diritto penale tutto ciò risulta ancora più amplificato per la sostanziale ed imponente diversità tra i modelli di riferimento: il diritto penale europeo in senso lato, il diritto

²⁰⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 30 ss.; rispetto al principio di determinatezza ed alle disfunzioni di una legislazione caotica, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 1 ss.

²⁰⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, p. 23 ss.

penale costituzionale ed il diritto penale codicistico (ed anche il diritto penale della legislazione complementare) sembrano essere retti da impalcature teoriche molto differenti²⁰⁹. Stabilire quali sia la fonte da applicare nel caso concreto significa, allora, decidere quale spazio dare a principi diversi.

L'obiettivo di questo lavoro, allora, è stabilire quali spazi giudiziali siano legittimi e quali, invece, siano di segno negativo, improntati a un intervento extra-legale di stampo regressivo.

Il principio di separazione dei poteri, il principio di legalità, il divieto di analogia, l'obbligatorietà dell'azione penale sono principi vigenti e fondanti il nostro ordinamento e, prima di superarli, riqualificarli, reconsiderarli (senza variare il testo costituzionale), bisogna farsi carico del loro valore e valutare la legittimità della prassi.

Riconoscere un primato alla giurisprudenza quale fonte creativa del diritto, qualunque accezione del termine creazione si accolga, è un'opzione politica che richiede di essere valutata in nome dei principi costituzionali.

Sono diverse, in realtà, le teorie che cercano di favorire tale opzione, dal realismo scandinavo²¹⁰, al nichilismo giuridico²¹¹; dai principialisti²¹² ad un approccio neo pandettistico²¹³. Tuttavia, si è scelto di concentrare il confronto in particolare con le teorie ermeneutiche non soltanto perché sono quelle che vantano un maggiore seguito ma soprattutto perché sono state in grado di predisporre un modello che non si fonda semplicemente sul rifiuto politico del modello legalistico ma che vanta un'elaborazione teorica ricca di contenuti²¹⁴.

Il tentativo che si dovrà vagliare è verificare in che modo “*possiamo archiviare il principio di legalità quale fondamento del paradigma garantista, in particolare del*

²⁰⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 20 ss.

²¹⁰ Cfr. F. BONSIGNORI, *Il realismo giuridico*, in AA. VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010, p. 245 ss.

²¹¹ N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Roma- Bari 2004.

²¹² Il neocostituzionalismo principialista fonda la propria tesi sulla legittima differenza tra regole e principi. I principi, a differenza delle regole, essendo caratterizzati da un'indeterminatezza semantica, non si applicano ma si ponderano, in uno schema applicativo che impone un'argomentazione di tipo morale. Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di G. Rebuffa, Bologna 1992; G. ZAGRELBESKY, *Il diritto mite. Legge, diritto e giustizia*, Torino 1992.

²¹³ Ci si riferisce alle tesi di P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma- Bari 2011, secondo il quale andrebbe superata l'artificiosa riduzione del diritto alla legge, frutto della mitologia giuridica innescata dall'illuminismo, e ritornare alla dimensione consuetudinaria del diritto.

²¹⁴ Inoltre, in via indiretta, anche i diversi orientamenti richiamati si ricollegano ad alcune delle tesi ermeneutiche. Ad esempio P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, pp. 71-72, espressamente adopera i principi epistemologici dell'ermeneutica.

*diritto penale, senza compromettere, con questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione, il ruolo del processo quale accertamento della pur relativa verità giudiziale, la garanzia delle libertà fondamentali dall'arbitrio giudiziario e, più in generale, la tenuta dell'intero edificio dello stato di diritto con il suo insieme di garanzie contro l'arbitrio, altrimenti assoluto, nell'esercizio del potere giudiziario*²¹⁵”.

È bene chiarire fin da adesso che il risultato cui si mira è la piena riaffermazione dei principi costituzionali quale unica opzione per una legittima ermeneutica giudiziale. Nel giungere a tale esito, tuttavia, andranno valorizzate alcune delle intuizioni e delle scoperte dell'ermeneutica penalistica, cercando però di sistematizzarle all'interno di un quadro coerente di garanzie. Si tratta, in altre parole, di considerare le scoperte dell'ermeneutica quale argomenti per riaffermare sul piano generale una convinta difesa dei principi della riserva di legge e del vincolo del giudice alla legge²¹⁶.

Il diritto è un fenomeno artificiale che, pur affondando le proprie radici nella società, richiede modelli regolativi in grado di valutare la prassi. Non bisogna cadere nell'errore metodologico di legittimare la prassi a partire dalla prassi; che la prassi si ponga a fondamento di una teoria che tenti di legittimare la prassi o, all'inverso, di una teoria che muta perché la prassi si pone in senso violativo.

La crisi della legalità non è un fattore naturale inevitabile. Pertanto, la responsabilità della teoria consiste nel conciliare la complessità sociale e la pluralità degli ordinamenti, che si esprimono nella singolarità del caso concreto, con l'insieme dei principi di tradizione illuministica.

Dalla convinzione della necessità di una critica deontica alla divaricazione che si è venuta a creare tra prassi e teoria costituzionale e di uno sforzo teorico volto alla riaffermazione di un modello regolativo incentrato sulle categorie illuministiche, arricchite dall'approccio ermeneutico, si svilupperà il resto dell'indagine, in una duplice prospettiva.

Si esamineranno, infatti, nel contesto europeo, nel contesto giurisprudenziale e non contesto dottrinale i terreni di scontro tra teorie ermeneutiche e principi costituzionali, verificando il posizionamento della prassi, al fine di tramutare lo scontro in dialogo ed arricchimento reciproco.

²¹⁵ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, p. 20.

²¹⁶ Condivide la medesima prospettiva D. PULITANO, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, p. 56.

Capitolo II: Il diritto penale europeo e il mutamento dell'ermeneutica giudiziale.

1 La pluralità delle fonti in chiave ermeneutica.

Il tema dell'interpretazione principia dall'individuazione dell'oggetto del procedimento ermeneutico, la fonte in gergo tecnico²¹⁷. Individuare cosa sia oggi una fonte del diritto è operazione complessa e problematica, che esula dai confini del presente lavoro. La tesi che si vuole in questo momento dimostrare è, invece, la seguente: l'interazione tra ordinamenti diversi, frutto di un'entropia istituzionale, determina un ruolo costitutivo del giudice fin dall'individuazione dell'oggetto dell'interpretazione²¹⁸.

Stabilire quali sia la fonte del diritto chiamata a regolare lo specifico caso oggetto dell'indagine giudiziaria è un'operazione già intrisa di ermeneutica, è fin da questo momento interpretazione²¹⁹.

È questa una delle acquisizioni fondamentali della teoria dell'interpretazione in chiave ermeneutica che svolge un ruolo decisivo nell'attuale conformazione del diritto penale, anche alla luce della diversa filosofia penale di cui sono portatori gli ordinamenti che caoticamente vengono a confluire nella dinamica istituzionale.

Risulta, pertanto, necessario individuare in che modo si è venuto a creare questo spazio ermeneutico nell'identificazione della fonte da applicare e quali siano le conseguenze sull'ermeneutica giudiziaria e, di riflesso, sui paradigmi penali. Tale indagine dovrà necessariamente confrontarsi, è opportuno chiarirlo sin da subito, con una regola di matrice costituzionale sulle fonti in materia penale. Il principio della riserva di legge impone, infatti, una selettività delle fonti chiamate a produrre diritto penale con la quale bisogna confrontarsi anche e, forse, soprattutto in un momento di crisi della politica legislativa.

²¹⁷ V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1960, pp.785-810.

²¹⁸ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 32 ss., il quale individua nello sviluppo della teoria delle fonti un progressivo sgretolamento dell'idea illuministica della riduzione del diritto alla legge, movimento principiato con il moderno costituzionalismo, che ha frantumato l'egemonia della fonte legislativa.

²¹⁹ Cfr. F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p.321 ss.

La moderna teoria dell'interpretazione suole definire il sistema delle fonti attraverso la metafora della rete²²⁰, che ha sostituito l'immagine gerarchica e formale della piramide kelseniana²²¹.

L'irrompere del diritto sovranazionale, dapprima nella forma del diritto internazionale e, in seguito, in maniera molto più incisiva, attraverso il diritto unionale, ha disinnescato il primato del diritto legislativo, chiamando il giudice a un'opera di delicato raccordo tra fonti diverse.

Il nuovo quadro è così caratterizzato da una crescente internazionalizzazione delle fonti del diritto e dalla necessità di una ridefinizione dei rapporti tra gli ordinamenti.

Soffermendosi, in particolare, sul diritto che promana dall'Unione europea, si assiste alla penetrazione nell'ordinamento interno di norme dotate di effetto diretto, norme direttamente applicabili, obblighi di risultato posti attraverso direttive, principi fondamentali ricavati dalle tradizioni giuridiche europee comuni, della Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo²²² che, pur costituendo un ordinamento autonomo, riceve nuova e ancora inesplorata vitalità attraverso i richiami contenuti nei Trattati²²³. Tali strumenti giuridici costituiscono una profonda novità nelle tecniche legislative e conferiscono al tema dell'interpretazione una nuova prospettiva, volta non solo all'individuazione di un significato giuridico a un testo ma, all'origine, a identificare chi sia legittimato a pronunciare diritto.

Ai fini della presente indagine assume ancora più valore un altro dato fondamentale del processo d'integrazione europea: una larga parte del diritto comunitario è costituito dal diritto giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le cui sentenze sono vincolanti per gli Stati membri. La Corte è così chiamata a interpretare al medesimo tempo il ruolo di una Corte Costituzionale, di cui condivide ad esempio l'organizzazione formale, e di un organo giurisdizionale superiore dell'ordinamento di appartenenza. La medesima dualità, con annessa crisi d'identità, è vissuta dal giudice comune, che appartiene a entrambi gli ordinamenti ed è chiamato a essere artefice dell'integrazione europea attraverso strumenti giuridici potenzialmente dirompenti.

²²⁰ F. OST- M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au rosea? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, pp. 1-82.

²²¹ Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Un'introduzione critica*, Bologna 1999.

²²² Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*, Milano 2014, p. 145 ss.

²²³ Cfr. C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 381 ss.

Il regime delle fonti è così soggetto da una continua e incessante rielaborazione, stimolato dall'evoluzione della comunità internazionale.

Le singole concretizzazioni che le fonti ricevono tramite le pronunce giurisdizionali determinano indirettamente un processo di incessante positivizzazione²²⁴.

La pluralità delle fonti impone al giudice comune la ricostruzione della norma applicabile al caso concreto: la prassi interpretativa, sostanzialmente, individua i criteri di identità e di validità dell'ordinamento.

Non è un caso che tutte le fasi più significative del processo di integrazione europea siano frutto di un processo giurisdizionale che precede quello politico²²⁵. La “*polinormatività*”²²⁶ rende la giurisprudenza un fattore ordinante dell'incoerenza ordinamentale.

L'innesto del pluralismo ordinamentale o, con altra formula, del “*multilevel constitutionalism*”²²⁷ ha posto fine dal punto di vista concettuale, ma non solo, a un capitolo della teoria generale del diritto, quello riguardante l'esclusività del potere di normazione ma ha anche escluso la necessaria presenza di una sola volontà legislativa.

Le ripercussioni in chiave ermeneutica sono molteplici, basti pensare al classico canone della *voluntas legis*. Il dato fondamentale, tuttavia, ancora prima dei canoni ermeneutici adoperabili, è lo spazio di incoerenza ed entropia creato dallo scontro tra gli ordinamenti. La decostruzione del sistema delle fonti, in assenza di tecniche rigide di risoluzione delle antinomie, origina situazioni di disordine con sovrapposizioni di competenze e atti normativi da cui scaturisce la nuova rilevanza del momento applicativo.

Il primo compito del giudice è divenuto la scelta della norma da applicare. Certo non mancano indicazioni di metodo e custodi del pluralismo. Tuttavia, seppur controllata, è questa una mutazione genetica del ruolo del giudice, cui consegue una risemantizzazione della parola “interpretazione”.

La rigida gerarchia delle fonti assicurava la certezza, se non altro teorica, dell'individuazione della fonte da applicare, anche dal punto di vista procedurale. La problematizzazione delle fonti del diritto, invece, comporta un ruolo critico del giudice, mediatore di conflitti, anello di congiunzione tra ordinamenti diversi.

²²⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Appunti delle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2000, p. 37 ss.

²²⁵ Cfr. J. H. H. WEILER, *Le trasformazioni dell'Europa*, Bologna 2003, p. 63 ss.

²²⁶ P. WEIL, *Le droit International en quete de son identité. Cours general de droit international public*, in *Recueil des Cours*, VI, 1992, p. 237.

²²⁷ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *CMLR* 1999, p. 703 ss.

In definitiva, il sistema ordinamentale appare oggi *”un complesso e mobile arcipelago di fonti in competizione tra loro, condizionato da elementi di natura fattuale più che normativa, da tentativi di regolazione impressi da punti diversi, anche non giuridici, e perciò caratterizzato, nella sua evoluzione, da grande fluidità, variabilità e instabilità”*²²⁸.

In questa instabilità si registrano dei continui scontri a causa della naturale vocazione di ogni potere ad espandersi ed appropriarsi di spazi sempre nuovi.

La mobilità dei confini dei sistemi normativi muta, di conseguenza, la genetica dell’atto interpretativo. Nel momento in cui il giudice sceglie, secondo diversi criteri, l’ordinamento di riferimento, si determinano anche le regole interpretative. La scelta della fonte diviene la prima questione interpretativa che il giudice è chiamato a risolvere²²⁹.

In questo scenario, che costituisce un dato di fatto ineludibile, la teoria ermeneutica, come in precedenza descritta, trova un’importante conferma. Trova, in particolare, conferma la primazia del caso nel procedimento ermeneutico.

La forza normativa dei fatti suggerisce al giudice quale fonte privilegiare. La pluralità delle fonti implica la pluralità dei principi e dei sistemi concettuali: il caso, nella sua individualità, mostrerà un’affinità maggiore con uno dei sistemi in competizione secondo il valore cui il giudice darà prevalenza.

Il carattere discrezionale e valutativo dell’interpretazione rinviene, quindi, nella fisiologica pluralità degli ordinamenti un’importante conferma.

In questo scenario sono due le chiavi di volta che possono venire in questione: assecondare le fluttuazioni ordinamentali, predicando una riqualificazione del sistema interno, pronto a modificarsi in seguito ai conflitti interordinamentali ovvero perseguire un’armonizzazione penale improntata all’implementazione delle garanzie, nella consapevolezza che la materia penale necessita di una formalizzazione chiara e precisa, da tutelare anche a costo di porre un argine ai fenomeni di integrazione europea.

Sono queste due prospettive diverse che caratterizzano lo scontro tra paradigmi penali in atto, come dimostra la recente vicenda Taricco²³⁰.

²²⁸ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 56.

²²⁹ Come spiegato magistralmente da C. SOTIS, *Le regole dell’incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma 2012, p. 11 ss., la ricerca di coerenza in una materia, come il diritto penale, fondata sulla difficoltà di spiegare razionalmente l’inflizione di una pena, è un imperativo da perseguire anche nella consapevolezza che un sistema complesso, come spiega il teorema di Godel, non potrà mai essere anche completo e coerente.

²³⁰ Su cui vedi *infra*.

2 L'interpretazione dell'incoerenza.

Una fondamentale caratteristica dell'attuale configurazione dei rapporti tra ordinamenti è la ricerca di un punto di equilibrio, definito attraverso la formula del pluralismo ordinato²³¹.

In realtà, in questa formula si cela un'apparente antinomia. In particolare, tratto fondamentale del pluralismo è la necessaria incoerenza²³² che viene a stabilirsi tra diversi punti di vista. Affrontare la medesima questione giuridica a partire da una pluralità di punti di vista determina un'inevitabile opacità del sistema a rete, in cui le classiche regole di risoluzione dei conflitti sono inefficaci.

In questo senso, appare profondamente proficua una diversa prospettiva di indagine, che fonda sull'incoerenza la ricerca di tecniche di risoluzione dei conflitti²³³. È naturale, infatti, che in un sistema strutturato a rete, in cui si alternano attribuzioni per competenza e gerarchie mobili, il rigido schema della logica deduttiva ed i suoi corollari del principio di specialità o del criterio gerarchico siano destinati ad andare in cortocircuito.

Sono diverse, invece, le tecniche adoperabili in un sistema complesso e, soprattutto, non mirano all'obiettivo di stabilire una decisione univoca e autoritaria bensì soltanto di aggirare l'incoerenza, fornendo una soluzione adatta al caso concreto. In questo senso il pluralismo può essere ordinato e l'antinomia si dissolve non perché ci sia un ordinamento che prevarica su un altro bensì perché quell'incoerenza è aggirata attraverso un ripiegarsi sul fatto e sull'obiettivo comune.

In questo scenario il diritto penale, con le sue regole forti e le sue implicazioni sistemiche oppone una strenua resistenza. Se ad essere in gioco sono i diritti fondamentali dell'individuo, minacciati dall'inflizione di una pena, la formalizzazione diviene un'imposizione e non una semplice scelta²³⁴. Ed allora, la gestione dell'incoerenza del pluralismo ordinamentale nel diritto penale impone la ricerca di una sintesi, di un equilibrio in grado sia di dare spazio alle conquiste europee sia, allo stesso

²³¹ M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Du code penal aux droits de l'homme*, Paris 1986, *passim*.

²³² Cfr. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., p. 17, il quale a sua volta cita G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 45.

²³³ Il riferimento è sempre a C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., *passim*.

²³⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, p. 123.

tempo, di difendere la strutturazione di un sistema su regole formali capaci di fornire adeguata protezione ai valori in gioco.

Nello studio della prassi emerge come la ricerca di questo equilibrio è perseguita attraverso canoni di razionalità materiali caratterizzati dal tenore argomentativo, da una logica dialettica²³⁵.

Adoperare principi come quelli di proporzionalità, adeguatezza, sussidiarietà, ragionevolezza altro non vuol dire che rinunciare alla logica formale deduttiva per assecondare una dialettica che si fonda un obiettivo comune. Ancora una volta l'argomentazione diviene di tipo teleologico ed il confronto si incentra sull'adeguatezza della disciplina di un determinato ordinamento rispetto a quello scopo.

A questo punto, tuttavia, si aprono diversi interrogativi. I canoni di razionalità materiale, infatti, sono irti di insidie e, soprattutto, impongono osservazioni di difficile risoluzione, due in particolare.

In primo luogo, aggirare l'incoerenza in virtù di un'argomentazione materiale implica la ricerca, come visto, di obiettivi comuni. Tale ricerca a sua volta, però, richiede la condivisione di un'assiologia di fondo in cui adoperare argomentazioni di carattere non formali. Verificare se esiste quest'assiologia condivisa, e la risposta appare soltanto in parte positiva, è un pre-requisito per poter "sopportare" un determinato grado di incoerenza²³⁶.

In secondo luogo, ed il discorso si complica, bisogna interrogarsi sulla possibilità che un'argomentazione di tipo materiale surroghi ad un *deficit* di legittimazione formale. In particolare, si allude al noto *deficit* democratico che, anche a seguito del Trattato di Lisbona, caratterizza l'Unione Europea e che impedisce che quest'ultima svolga, almeno apparentemente, una funzione di incriminazione diretta²³⁷. Su questo punto, allora, bisogna impedire che l'autorevolezza delle argomentazioni materiali possa colmare questo *deficit* di legittimazione e consentire di arginare il principio della riserva di legge, ossatura democratica degli ordinamenti di *civil law*.

In questo scenario si rafforza ancora di più il primato del caso, valorizzato dalla teoria ermeneutica. In assenza di un rigido parametro legale sono le esigenze del caso concreto a valorizzare la dinamica interpretativa ed a orientare il giudice verso l'ordinamento che

²³⁵ Cfr. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., p. 21 ss.

²³⁶ Una via spesso seguita per incentrare il dialogo tra gli ordinamenti su un'assiologia condivisa è quello di valorizzare saperi scientifici o verità fattuali.

²³⁷ Cfr. V. MASARONE, *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 133 ss.

maggiormente si adatta alla conformazione concreta del caso o, almeno, ad interpretare la norma di riferimento alla luce del parametro sovranazionale più adeguato.

Pertanto, sono già due le conferme che si rinvencono nell'attuale dinamica ordinamentali verso la configurazione di un nuovo paradigma penale: la centralità del fenomeno giurisprudenziale e l'abbandono della logica formale a favore di canoni di argomentazione materiale fondati sulla specificità del caso concreto.

3 Dal giudice interprete al giudice legislatore: interpretazione conforme e disapplicazione.

L'attuale complessità del sistema delle fonti non è dovuta soltanto all'incoerenza gerarchica venutasi a stabilire tra gli ordinamenti ma anche ad una differenza strutturale del tipo di fonte con cui si confronta il giudice nazionale.

Indagando le caratteristiche delle disposizioni europee, l'orizzonte normativo appare frastagliato e composito. Si assiste, secondo una parte della dottrina, ad una “*de-tipicizzazione del sistema*”²³⁸ generata da “*mutamenti genetici del discorso penalistico*”²³⁹.

Particolare importanza assumono le disposizioni senza norme contenute nella Carte dei Diritti, contraddistinte da un'indeterminatezza semantica e da una vocazione espansiva tipica delle norme costituzionali. Il significato di tali disposizioni si concretizza nelle diverse pronunce giurisprudenziali, il cui valore vincolante per lo Stato membro consente di irrogare nel nostro sistema un meccanismo ibrido di precedente giurisprudenziale. Ibrido perché il significato delle diverse disposizioni è assolutamente ambiguo senza il rinvio alla casistica giurisprudenziale; tuttavia, tali pronunce assumono formalmente, per opera delle diverse fonti²⁴⁰, il medesimo valore della disposizione interpretata, così da porsi esse stesse quali fonti formali, anche se del tutto innovative.

Pertanto, a disposizioni senza norme si affiancano norme senza disposizioni²⁴¹, quali sono i precedenti giudiziali vincolanti.

²³⁸ L'espressione è di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, p. 14.

²³⁹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 48.

²⁴⁰ Ad esempio, l'art. 19 del TUE o l'art. 32 della Cedu.

²⁴¹ La terminologia è ripresa da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 15 ss.

Nel sistema dell'Ue si aggiungono norme dagli effetti soltanto indiretti rappresentate dal diritto derivato in materia penale. In particolare, l'Ue, secondo l'insegnamento tradizionale²⁴², non ha una competenza diretta incriminatrice in materia penale ma soltanto indiretta, ossia mediata dall'intervento del legislatore nazionale.

In questo scenario di fonti risalta anche un variegato arcipelago di principi sovrapponibili o distinti, frutto delle tradizioni costituzionali o ricavati dalle Carte fondamentali, che svolgono una basilare funzione ermeneutica ed argomentativa, sempre bilanciabili, ad uso e consumo del giudice²⁴³.

Appare evidente come si accresca la creatività del giudice in un simile quadro. Certo, gli interventi stabilizzatori della Corte Costituzionale e delle altre Corti sovranazionali²⁴⁴ hanno consentito nel tempo di ricostruire una dinamica applicativa più o meno stabile, così come l'apporto della dottrina ha facilitato il ricorso in chiave positiva al diritto sovranazionale²⁴⁵. Tuttavia, anche a seguito di simili interventi, è chiaro come la configurazione del giudice in chiave illuministica, applicatore di sillogismi, già sul piano della teoria sembra superata. L'attuale nodo problematico, oggetto del contendere tra paradigmi penali, è la sottoposizione del giudice soltanto alla legge. Il convivere silenzioso con ordinamenti di common law e con Corti Europee dalla forte vocazione antiformalistica e vittimocentrica ha spostato l'attenzione del giudice dalla disposizione alla norma, dalla fattispecie al caso. Il giudice non è più soltanto interprete: nel momento in cui in gioco ci sono influenze sovranazionali divine anche artefice del diritto. In altri termini, ciò che abbiamo visto essere oggetto delle teorie ermeneutiche rinviene nel diritto europeo una conferma ufficiale e legittima. Il giudice non è più sottoposto soltanto alla legge ma al diritto in senso ampio²⁴⁶.

La ricerca di spazi di coesistenza in cui l'incoerenza ordinamentale non travolga il nostro assetto costituzionale ma anzi ne consenta un naturale, per quanto paradossale, riespandersi è, invece oggetto di un diverso atteggiamento dottrinale, di recente assunto

²⁴² Cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Diritto penale, cit.*, p. 80 ss.

²⁴³ Cfr. G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2011, p. 71 ss.

²⁴⁴ Su cui vedi *infra*, all'interno del capitolo.

²⁴⁵ Esemplare la vicenda in materia di immigrazione culminata nella sentenza della Corte di Giustizia del 28 aprile 2011 c-61/11, che ha condotto alla neutralizzazione del reato previsto dall'art. 14 co. 5 ter d. lgs. 289/98 in materia di immigrazione. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è nato anche grazie alle sollecitazioni della dottrina, in particolare di F. VIGANO'- L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, p. 560 ss.

²⁴⁶ Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Napoli 2008, *passim*.

anche della Corte Costituzionale. Ancora una volta si assiste ad uno scontro tra paradigmi in cui, però, non si può semplicemente riaffermare se stessi ma è necessario individuare gli spazi legittimi di entrambi e le possibili, auspicabili, dialettiche in vista del rafforzamento dei diritti dell'individuo.

Il fenomeno dell'europeismo giudiziario, pertanto, si inserisce nel solco epistemologico dei rapporti tra legge e giudice, sovvertendo l'interazione tra interpretazione e fonte, riconoscendo legittimamente un ruolo creativo alla giurisprudenza. Un giudice non più soggetto soltanto alla legge ma solo tra molte leggi potrà, inevitabilmente, scegliere la soluzione d'uscita più comoda, che meglio si adatta al caso concreto²⁴⁷. In particolare, ciò che qui si vuole evidenziare, è la tendenza ad un'argomentazione per valori o per scopi anche in campo penalistico, incline a sovvertire i canoni ermeneutici connessi al principio di legalità, *in primis* il principio di tassatività²⁴⁸.

Il reticolo normativo frutto dell'incoerenza dell'ordinamento pone a disposizione del giudice, per uscire dal labirinto normativo, diversi strumenti giuridici che consentono un'argomentazione teleologica fondata su principi e valori che trovano riconoscimento diretto o indiretto nel descritto panorama normativo.

Tale fenomeno è implicitamente connesso ai capisaldi del pensiero ermeneutico in precedenza descritto. La sostituzione del tipo alla fattispecie ed il superamento del sillogismo deduttivo favoriscono uno spazio maggiore all'argomentazione per principi e valori. Per quanto, tuttavia, taluni principi sono portatori di un'autorevolezza dimostrativa intrinseca, il discorso penalistico non può arrestarsi al piano dei principi ma, partendo da questi, deve concretizzarsi nella selezione di episodi di vita determinati e frammentari. Proprio il carattere frammentario e sussidiario del diritto penale costituzionale, intimamente connesso al principio di legalità²⁴⁹, è oggi messo in discussione dal forte legame tra interpretazione ed argomentazione per principi, direttamente favorito dall'europeismo giudiziario.

Esemplificativa sul punto è la parabola dell'interpretazione conforme.

Si tratta di una tecnica ermeneutica in cui si attribuisce ad una disposizione un significato conforme ad una norma sovraordinata, come può essere la Costituzione, la

²⁴⁷ Cfr. N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID, *Diritto senza verità*, Roma- Bari 2011, p. 123.

²⁴⁸ Sulle criticità connesse all'utilizzo dei valori v. G. ZAGRELBESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 205 ss.

²⁴⁹ Fondamentale sul punto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 125 ss.

Cedu o il diritto dell'Ue²⁵⁰. Al concetto di interpretazione conforme non è coesistente una gerarchia formale tra le fonti, anzi, essa spesso costituisca una pratica conciliatrice tra istituzioni, in cui però ricorre almeno una forma di subordinazione assiologica²⁵¹.

In via generale è inquadrabile tra le forme di interpretazione sistematica, meglio adeguatrice, applicabile non soltanto in casi difficili ma anche nei casi di “*soft interpretation*”²⁵².

A fronte della semplicità definitoria si apre un ventaglio di opzioni che mutano in correlazione della fonte sovraordinata e che possono condurre alla disapplicazione della norma interna, ad un'interpretazione adeguatrice, ad una questione di legittimità costituzionale²⁵³. Si tratta di un'ulteriore regola di aggiramento dell'incoerenza che costituisce un vero e proprio obbligo per il giudice nazionale, in virtù dei principi di fedeltà comunitaria e di leale collaborazione tra Stati.

Si comprende, allora, come soltanto nominalmente l'interpretazione conforme costituisca una tecnica ermeneutica, essendo essa in realtà un contenitore al cui interno possono celarsi diverse forme di operazioni volte al raggiungimento di un'armonizzazione europea²⁵⁴.

Con questo strumento il giudice assume un ruolo nuovo, affine al giudice costituzionale. Laddove, infatti, il contrasto non sia insanabile, tale da sollevare questione di legittimità costituzionale o disapplicazione della norma interna, il giudice interno crea una nuova norma dall'interazione della disposizione interna con il complesso dei principi e delle fonti sovranazionali.

D'altronde, bisogna considerare come l'interpretazione conforme al diritto europeo è spesso mediata da un soggetto giurisdizionale intermedio che ha il compito istituzionale di attribuire un significato vincolante alle disposizioni europee. In questa prospettiva, la giurisprudenza delle Corti europee costituisce il contesto giuridico in cui occorre calare l'interpretazione conforme. È un contesto, tuttavia, salvo alcuni accorgimenti adottati

²⁵⁰ Cfr. M. D'AMICO- B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in Arch. Pen. 2012, p. 1 ss; F. VIGANO', *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO- E. ZANETTI, *Studi in onore di M. Pisani*, 2012, p. 621 ss.; T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico pratiche sull'interpretazione conforme*, in Riv. trim. dir. pen. contemporaneo, 3-4/2012, p. 26 ss.

²⁵¹ Cfr. T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico pratiche sull'interpretazione conforme*, cit., p. 31.

²⁵² C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., p. 44.

²⁵³ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 47.

²⁵⁴ Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007, p. 241 ss.

dalla Corte Costituzionale, almeno in relazione alla Cedu²⁵⁵, mutevole e cangiante, soggetto a variazioni repentine²⁵⁶, in cui non è agevole orientarsi.

In conseguenza delle potenziali dinamiche creative è opportuno, dal punto di vista di una perimetrazione del ruolo del giudice, sottolineare i limiti dell'interpretazione conforme, anticipando alcune nozioni.

Il primo limite è di natura logica oltre che normativa. L'interpretazione conforme non può mai superare il testo normativo. È questo, come si vedrà, un limite generale a qualsiasi interpretazione in un sistema retto dal principio di legalità. Il testo, anche il più determinato possibile, dischiude sempre diverse opzioni interpretative, diverse norme da ricavare. In quest'ottica è possibile individuare una funzione critico negativa del testo: l'interpretazione conforme non potrà mai condurre ad un esito ermeneutico che violi negativamente il dato testuale²⁵⁷.

È questo un argomento spesso trascurato dalla dottrina, in particolar modo quando si adopera il canone dell'interpretazione adeguatrice alla Costituzione, violando il testo normativo onde non sollevare una questione di legittimità costituzionale²⁵⁸.

Il limite di carattere testuale non consente, tuttavia, di mettere al riparo il nostro ordinamento da interpretazioni sostanzialmente in violazione del principio di legalità. Per operare con efficacia, infatti, tale limite presuppone un contesto semantico chiaro, preciso, lineare. Nel momento in cui, invece, il testo, come spesso accade, perde pregnanza contenutistica per ridursi a mero involucro legislativo, lo spazio dell'interpretazione conforme cresce sensibilmente, aumentando, però, la libertà dell'interprete²⁵⁹.

²⁵⁵ Ci si riferisce alla nota sentenza n. 49 del 2015 della Corte Costituzionale, che sarà oggetto di analisi nel proseguo del capitolo.

²⁵⁶ Paradigmatica la vicenda sul *ne bis in idem* europeo, principiata dalle sentenza Grande Stevens del 2014, che tante conseguenze aveva provocato nel nostro ordinamento, e culminata nella sentenza A. e B. contro Norvegia, in cui la Grande Camera della Corte Europea ha parzialmente invertito la propria giurisprudenza. Per un resoconto della vicenda v. F. VIGANO', *La Grande Camera della Corte Edu su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016.

²⁵⁷ Per il momento è sufficiente sottolineare la funzione negativa del testo. Nel corso del terzo capitolo sarà possibile affrontare le peculiarità del testo giuridico nel contesto penalistico.

²⁵⁸ Esemplificativa la vicenda dell'omicidio preterintenzionale, in cui l'art. 584 c.p. si pone in palese violazione dei principi di offensività e di personalità della responsabilità penale, oltre che del canone della proporzione ma ciononostante è protetto da un'interpretazione adeguatrice della dottrina volta a recuperare un canone di prevedibilità assolutamente assente nel testo legale. Sul punto v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 152 ss.

²⁵⁹ Cfr. G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.legislazionepenale.eu, 13.06.2016.

Il secondo tipo di limite è di natura funzionale. L'interpretazione conforme non può mai generare un effetto espansivo del penalmente rilevante. Adoperando una terminologia nota, in chiave europea deve essere vietato non solo l'analogia *in malam partem* ma anche l'interpretazione estensiva²⁶⁰.

La ragione di fondo di tale limitazione si rinviene nell'assenza di una norma costituzionale che consenta la cessione della sovranità e della legittimazione legislativa in materia penale dagli Stati membri all'UE, come d'altronde conferma il Trattato di Lisbona²⁶¹. È il principio di legalità, nella sua accezione selettiva in materia di incriminazione a non consentire che un ordinamento sovranazionale privo di legittimazione democratica, per tramite dell'interpretazione conforme, senza una scelta dei Parlamenti nazionali, possa esplicare scelte incriminatrici.

Non si tratta, è bene chiarirlo, di un mero obbligo di risultato. È questa una prospettiva sterile in materia ermeneutica, come avremo modo di dimostrare²⁶². È, invece, un limite assiologico, connesso ad una precisa struttura costituzionale, che impedisce agli ordinamenti sovranazionali di svolgere una funzione incriminatrice.

In questa prospettiva, più volte è stato ribadito un divieto di interpretazione conforme all'Ue in *malam partem*, ovvero l'impossibilità che da una direttiva possano derivare, tramite interpretazione conforme, effetti verticali negativi per un cittadino europeo²⁶³.

La Corte di Lussemburgo sul punto è stata molto chiara, andando anche oltre il discorso penalistico attuale, affermando come “è il corollario del principio di legalità e più in generale della certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere non risulti in modo evidente dalla legge”²⁶⁴. È la legge nazionale il parametro di riferimento dell'incriminazione e nessun ruolo può svolgere il criterio della prevedibilità da parte del singolo. È il principio di riconoscibilità, ancor prima del principio di prevedibilità, ad inibire meccanismi espansivi del penalmente rilevante *contra legem*²⁶⁵.

²⁶⁰ È una terminologia classica della tradizione europea che, tuttavia, sarà rivisitata nel corso del quarto capitolo.

²⁶¹ Sulla materia della cooperazione giudiziaria e le scelte del Trattato di Lisbona v. F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli 2012.

²⁶² Vedi in particolare il quarto capitolo.

²⁶³ Per i riferimenti giurisprudenziali v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp.58-65. Sulla efficacia delle direttive da un punto di vista istituzionale v. R. MASTROIANNI – G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino 2016, p. 293 ss.

²⁶⁴ CGUE, 12 dicembre 1996, C- 75/95.

²⁶⁵ È questa una delle tesi fondamentali del presente lavoro su cui vedi *infra* nel presente capitolo e l'intero quarto capitolo.

Ultimo limite è di natura gerarchica ma in senso improprio. La tesi è la seguente: l'interpretazione convenzionalmente orientata è essa stessa soggetta ad un'interpretazione costituzionalmente orientata.

È un'affermazione apparentemente in contrasto con il concetto di incoerenza in precedenza illustrato. I criteri gerarchici sono istituzionalmente incompatibili con una struttura ordinamentale a rete. Tuttavia, nell'ambito del diritto penale è possibile recuperare un margine di cogenza. Si vuol dire, in altri termini, che l'assenza di una precisa cessione di sovranità in materia penale consente di ritenere il diritto penale come un ospite di tale rete, un oggetto estraneo che, seppur coinvolto nella dinamica del dialogo, richiede la possibilità di porre un argine.

I principi costituzionali del diritto penale del fatto costituiscono il perimetro del dialogo tra ordinamenti, dei movimenti della rete, delle contaminazioni incoerenti. Ed è per tale motivo che i diritti dell'individuo, tutelati delle volte anche più intensamente dalle Carte sovranazionali, non possono essere soggetti all'incertezza derivante da tecniche di aggiramento dell'incoerenza. È questo, forse, il vero punto del contendere, l'oggetto di espansione ultima della frontiera europea che, tuttavia, a Costituzione invariata deve essere oggetto di una strenua difesa da parte della giurisdizione nazionale²⁶⁶.

In tale versante, i limiti assiologici all'interpretazione conforme trovano un'interazione garantista con la dottrina dei controlimiti. In realtà, si tratta di due aspetti della medesima medaglia che si rapportano ad interlocutori diversi: i limiti assiologici dell'interpretazione conforme con il caso concreto e con la giurisdizione nazionale, la dottrina dei controlimiti con il diritto europeo e le giurisdizioni superiori.

Alla luce dei limiti espressi, indicativi di una naturale resistenza europeista del diritto penale, la situazione del giudice comune diventa ancor più delicata.

L'interpretazione conforme agli ordinamenti sovranazionali, infatti, per come descritta, è operazione complessa che richiede diversi passaggi e, soprattutto, una capacità di orientarsi nel mare dei precedenti giudiziali delle Corti, non sempre facili da decifrare e pur sempre costruiti intorno ad una vicenda particolare. Estrapolato da questo gioco di rinvii e concretizzazioni il significato, *rectius* lo scopo imposto dall'ordinamento sovranazionale, il giudice comune dovrà valutare la compatibilità con i principi costituzionali in materia penale ed eventualmente investire della questione la Corte Costituzionale. Qualora, invece, tale conflittualità non sussista, il giudice dovrà verificare se il testo della disposizione nazionale consente un'interpretazione conforme

²⁶⁶ Fondamentale sarà la risposta della Corte di Giustizia nel caso Taricco, su cui vedi *infra*.

al diritto europeo, altrimenti dovrà procedere alla disapplicazione della norma interna, nel caso di diritto dell'UE direttamente applicabile, oppure sollevare questione di legittimità costituzionale della norma nazionale, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale²⁶⁷, per il diritto non direttamente applicabile dell'UE e per quanto riguarda la fonte Cedu.

Il procedimento così delineato mostra chiaramente le difficoltà insite in esso e la difficile saldatura delle varie fasi tra loro. Ogni passaggio implica un coefficiente di discrezionalità ampia che pone il giudice in *“una morsa che lo vede stretto tra l’eredità culturale del lascito illuministico- i dogmi della completezza e dell’autosufficienza dell’ordinamento giuridico e della esaustività del sapere del giudice (iura novit curia) – e lo strumentario ermeneutico varius, multiplex, multiformis, dischiuso dalla fucina formicolante delle fonti”*²⁶⁸.

4 Il principio di legalità tra tendenze europee e garanzie costituzionali.

Si è trattato, finora, delle influenze sul procedimento interpretativo dell'attuale assetto delle fonti in chiave di integrazione europea, cercando di dimostrare come strutturalmente l'atto ermeneutico abbia mutato fisionomia a causa della interazione tra fonti diverse tra loro, incoerenti, portatrici di valori in parte diverse.

Il superamento della logica deduttiva e la conseguente valorizzazione del caso concreto hanno favorito una dinamica giuridica caratterizzata da canoni di argomentazione materiale, fornendo un'importante conferma sul piano pragmatico alle istanze della filosofia ermeneutica.

L'attuale configurazione ordinamentale ha, pertanto, innescato un europeismo giudiziario concettualmente molto differente dai principi dell'illuminismo giuridico, rispetto al quale si aprono due prospettive: certificare semplicemente il passaggio da un paradigma garantista ad uno giudiziario ovvero cercare di implementare reciprocamente i due paradigmi in senso favorevole ai diritti dell'individuo.

²⁶⁷ Per una ricostruzione del valore del diritto dell'Ue e delle norme Cedu all'interno del nostro ordinamento v. F. VIGANO', *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2/2014, p. 167 ss.

²⁶⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 90.

Tale chiave di lettura è foriera di essere perseguita anche nello studio della legalità europea, che rappresenta il secondo fattore di legittimazione dell'europismo giudiziario.

L'interpretazione giuridica, in particolare penalistica, ha mutato fisionomia non soltanto per il diverso articolarsi del sistema delle fonti ma anche a causa della diversa accezione di legalità vigente nel sistema europeo rispetto al modello tradizionale della Costituzione italiana²⁶⁹.

Prima di valutare tali differenze ed esaminare le possibili conseguenze applicative, è importante chiarire perché una diversa accezione della legalità muta l'atto interpretativo.

Come si è cercato di dimostrare in apertura di questo lavoro²⁷⁰, il principio di legalità, in tutte le sue declinazioni, costituisce il referente assiologico dell'interpretazione giudiziale penalistica. Valori come la separazione dei poteri, la certezza del diritto e quindi l'uguaglianza tra gli individui, la tutela della libertà umana, il principio democratico, la presunzione di non colpevolezza si pongono quale fondamento e limite dell'ermeneutica giuridica²⁷¹. Mutare anche soltanto la latitudine di uno solo di tali referenti significa inevitabilmente manipolare il procedimento ermeneutico, a prescindere dagli effetti di tale modificazione.

In chiave europea il significato del principio di legalità è frutto principalmente dell'impostazione adottata dalla Corte di Strasburgo in merito all'art. 7 Cedu, anche in virtù del richiamo operato dalla Carte dei Diritti di Nizza nell'ordinamento dell'Unione Europea²⁷².

Adottando una prospettiva comparatista, molteplici sono le differenze tra il principio di legalità europeo e quello nazionale.

Il presupposto del principio di legalità e delle connesse garanzie in chiave convenzionale è costituito dal concetto sostanziale di materia penale, attraverso il quale

²⁶⁹ Cfr. D. PULITANO', *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015.

²⁷⁰ Vedi l'intero capitolo primo.

²⁷¹ In questo senso S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, p. 299 ss.

²⁷² Sul quale v. A. BERNARDI, *Art. 7*, in S. BARTOLE- V. ZAGRELBESKY- P. DE SENA, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, p. 260 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C. E. PALIERO- F. VIGANO' (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano 2013, p. 214 ss.

la Corte Edu ha progressivamente esteso i principi dettati dalla Convenzione oltre i confini di ciò che il legislatore nazionale definisce come penale²⁷³.

Si tratta di un concetto sostanziale elaborato a partire dalla nota sentenza Engel²⁷⁴ in virtù del quale, attraverso una serie di criteri²⁷⁵, la Corte Edu è libera di qualificare come penali illeciti, sanzioni o procedimenti applicativi diversamente qualificati dal legislatore nazionale. In questo modo la Corte si assicura il rispetto delle proprie disposizioni, evitando abusi del legislatore nazionale attraverso qualificazioni surrettizie.

Il risvolto principale di tale operazione²⁷⁶ è l'attribuzione all'interprete, e quindi al giudice, di rovesciare il dato legislativo e riqualificare l'illecito attraverso il processo giurisdizionale. In tal modo si stabiliscono confini mobili tra le disposizioni che, caso per caso, saranno rivalutate dal giudice.

Oltre a fornire un ulteriore potere interpretativo al giudice, il quale a sua volta aumenta anche a causa delle incertezze implicite nei criteri esaminati, sono evidenti le ripercussioni sul principio di certezza e sulla ripartizione di competenze tra legislatore e potere giudiziario. Nel nostro ordinamento soltanto il legislatore può stabilire cosa sia reato, non soltanto in chiave garantistica ma anche in chiave processuale.

Un secondo fattore di incoerenza tra le due legalità è l'assenza del principio della riserva di legge in campo europeo.

Costituisce, per certi versi, un'assenza obbligata dettata dalla necessità di conciliare in un unico ordinamento sistemi di *civil law* e di *common law*, da cui, tuttavia, si diramano delle risonanze inevitabili²⁷⁷.

²⁷³ Cfr. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1908 ss.; S. BASSELLI- R. CASIRAGHI- F. CASSIBBA- P. CONCOLINO- L. PRESSACCO, *Art. 6. Diritto ad un equo processo*, in F. VIGANO'- G. UBERTIS, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, p. 132 ss.; J. SOVIER, *L'article 7 de la Convention existe-t-il?*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, Köln 2000, p. 1337 ss.

²⁷⁴ C. Edu, sent. 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

²⁷⁵ Seppur nel tempo assumono una diversa terminologia, si possono ritenere prevalenti i criteri della: classificazione giuridica interna; natura dell'infrazione; funzione e grado di severità della sanzione. Cfr. C. Edu, Grande Camera, sent. 9 ottobre 2003, Eze e Connors c. Regno Unito.

²⁷⁶ Diverso problema è quello delle conseguenze della nozione di materia penale europea sul doppio binario sanzionatorio tipico del nostro codice penale e del riparto di competenze tra illecito amministrativo ed illecito penale. V. F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in F. VIGANO'- G. UBERTIS, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, p. 249 ss.

²⁷⁷ Cfr. V. MANES, *sub Art. 7/1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE- P. DE SENA- V. ZAGRELBESKY, Padova 2012, p. 280 ss.

Dovrà verificarsi, tuttavia, la reale latitudine di questa differenza quando, a seguito della *Brexit*, l'unico Paese di *common law* risulterà essere l'Irlanda.

Ai sensi dell'art. 7 Cedu, infatti, il diritto giurisprudenziale può essere considerato una legittima fonte di produzione di precetti penali²⁷⁸. La Corte di Strasburgo riconosce alla giurisprudenza penale non soltanto un valore creativo, purchè sia rispettato il principio di irretroattività, che surroga l'assenza di legittimazione parlamentare, ma anche il potere, in presenza di una legge parlamentare, di determinare la portata del precetto penale.

Sul punto lampante è la recente sentenza Contrada²⁷⁹, in cui è stata condannata l'Italia non tanto perché, come sostiene la Corte Edu, il concorso esterno in associazione mafiosa costituisce un delitto di origine giurisprudenziale²⁸⁰, ciò che è perfettamente consentito in ottica europea, bensì perché al momento del fatto il sig. Contrada non poteva prevedere la qualificazione giuridica della propria condotta ed il relativo trattamento sanzionatorio.

*“La garanzia di legalità penale è dunque rispettata, secondo la Corte europea, non già quando il precetto sia consacrato da una norma parlamentare; bensì quando, il precetto, indipendentemente dalla tipologia della fonte che lo prevede, possieda caratteristiche qualitative tali da risultare accessibile ai suoi destinatari, e da far apparire prevedibile al momento del fatto la sua futura applicazione al giudice”*²⁸¹.

È questo il terzo aspetto significativo della legalità in chiave europea²⁸²: la norma penale deve essere accessibile e prevedibile dal cittadino, inclusi i profili sanzionatori, tra cui anche il regime di esecuzione della pena²⁸³.

²⁷⁸ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non- retroactivité du jugement penal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2003, p. 348 ss.

²⁷⁹ C. eur. Dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3), pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, 4 maggio 2015.

Per ulteriori approfondimenti della vicenda e delle sue ripercussioni G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 luglio 2015; F. VIGANO', *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 9/2017, p. 173 ss.

²⁸⁰ L'operazione non è pacifica in dottrina: concorde è M. DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 29; contrario G. FORNASARI, *Un altro passo nella riscrittura della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017, p. 447 ss.

²⁸¹ F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale*, in corso di pubblicazione in S. TONDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità, Atti del convegno su "Giurisprudenza legalità e diritto penale"*, Bologna 2017.

²⁸² Un'ultima differenza attiene al secondo paragrafo dell'art. 7 Cedu il quale stabilisce che il principio di irretroattività non osta alla persecuzione di condotte qualificabili come crimini secondo i principi generali

Il principio in esame trova un correlativo, nel sistema interno, nel principio di determinatezza della norma penale e nel principio di colpevolezza.

La differenza, secondo autorevole dottrina²⁸⁴, è tuttavia sia contenutistica che funzionale. Il principio di prevedibilità in ambito europeo non riguarda, infatti, soltanto l'incriminazione ma anche il profilo sanzionatorio ed, inoltre, collega la possibilità di previsione allo stato della giurisprudenza al momento della commissione del fatto. La condanna è, pertanto, imprevedibile anche qualora l'interpretazione fosse compatibile con il tenore letterale della disposizione ma distonica rispetto al diritto vivente configuratosi al momento del fatto.

Da questa breve disamina delle differenze tra la legalità convenzionale e la legalità nazionale si possono individuare due sentieri concettuali, due diverse sensibilità giuridiche attraverso le quali interagire con tali novità.

Secondo un approccio ermeneutico "spinto", anche in precedenza illustrato, il diritto europeo ha costituito e continua a rappresentare il perno del cambiamento del paradigma penale, il volto autoritario e autorevole delle teorie ermeneutiche. Il primato della legalità è sostituito dal primato dell'interpretazione e, quindi, del giudice²⁸⁵.

Il principio di legalità non esige più che sia il legislatore a definire i confini della fattispecie penale: la legalità *sub specie* di determinatezza perde di consistenza e confluisce nella generica istanza di prevedibilità soggettiva del reo. Il baricentro penale si sposta dalla disposizione alla norma²⁸⁶; dal testo al contesto; dalla precisione alla ricezione; dalla legge al giudice.

In questo modo la *"ratio del divieto di analogia finisce per coincidere con quella del principio di irretroattività: impedire la punizione di un fatto che, al momento in cui è stato commesso, non era previsto come reato. [...] Inoltre, se lo scopo principale del divieto di analogia è garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere, questo principio fondamentale del*

riconosciuti dalle nazioni civili. Sui problemi che la formula pone in diritto penale v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano 2001.

²⁸³ C. Edu, Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte Edu sul principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, 30 ottobre 2013.

²⁸⁴ F. VIGANO', *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016, *passim*.

²⁸⁵ Cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge a quello dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 159 ss.

²⁸⁶ Cfr. M. DONINI, *L'europeismo giudiziario*, *cit.*, *passim*.

*paradigma penale moderno finisce per allontanarsi dalla categoria oggettiva della legalità- determinatezza, spostandosi sensibilmente verso la categoria soggettiva della colpevolezza*²⁸⁷.

L'ispirazione democratica del principio di legalità è sacrificata in nome delle esigenze della postmodernità e compensata dall'esigenza di mettere il cittadino nelle condizioni di poter ragionevolmente prevedere le conseguenze penali delle proprie azioni.

È una prospettiva teorica cui consegue, come inevitabile *pendant*, l'istituzionalizzazione del precedente giudiziario, proprio come già avviene nel sistema europeo²⁸⁸.

Non è questa, tuttavia, l'unica opzione politica e giuridica praticabile. Il sistema normativo europeo fornisce degli appigli normativi, oltre che giurisprudenziali, per indagare una diversa prospettiva, la quale tenti di evitare uno scontro netto tra paradigmi onde favorire una reciproca integrazione, volta in particolar modo ad aumentare le istanze di tutela della libertà individuali e dei diritti fondamentali.

Assume un ruolo fondamentale l'art. 53 Cedu²⁸⁹, secondo il quale nessuna delle disposizioni della Convenzione può pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali riconosciute in uno Stato membro. Il pluralismo ordinamentale deve costituire un fattore di implementazione delle garanzie dell'individuo, un argine a prassi lesive dei diritti umani, un'ultima istanza per annichilire istituti che violano i principi fondamentali.

Così ragionando, le due legalità potrebbero e dovrebbero essere lette in maniera congiunta, in maniera tale da definire un *surplus* di garanzie per l'individuo.

La prospettiva, variamente seguita in dottrina²⁹⁰, suscita facili entusiasmi e condivisibili momenti di garanzia. Nel momento in cui, però, si passa a valutare quali siano le implementazioni che la legalità nazionale possa ricevere da quella convenzionale, le difficoltà aumentano ed il discorso si complica.

In particolare, bisogna considerare un duplice ordine di fattori: l'implementazione delle garanzie deve estrinsecarsi non soltanto in un'addizione formale, per cui ad un complesso di tutele se ne aggiunge un'altra ma anche funzionale, ossia quel particolare

²⁸⁷ M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., p. 58.

²⁸⁸ Cfr. V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.* 2017, p. 955 ss.

²⁸⁹ Sostanzialmente identico all'art. 53 della Carta di Nizza.

²⁹⁰ F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 1 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016, p. 269 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, p. 1061.

tipo di garanzia introdotto in un determinato sistema non deve suscitare crisi di rigetto o distonie.

La valutazione assume un grado necessariamente ipotetico e probabilistico, essendo l'attuale fase giuridica caratterizzata da orientamenti giurisprudenziali non troppo sedimentati e culture giuridiche di sensibilità completamente opposta.

Provando a declinare la prospettiva di implementazione appena delineata rispetto alle tre fondamentali alterità della legalità europea bisogna, quindi, verificare in che modo l'addizione può effettivamente aumentare il livello di garanzie in materia penale.

Rispetto alla definizione sostanziale di materia penale, le difficoltà non sembrano concettualmente insormontabili.

La nozione di materia penale, così come articolata dalla Corte di Strasburgo, costituisce un vettore teorico al fine di estendere le garanzie tipiche del diritto penale, anche processuale, verso tutti quegli istituti a carattere afflittivo sanzionatorio, a prescindere dal *nomen iuris* adoperato dal legislatore²⁹¹.

Si tratta di un'effettiva implementazione delle garanzie che consente di "trattare penalmente" anche ciò che non è qualificato come tale: il livello delle garanzie del cittadino si eleva senza ombra di dubbio, come dimostrano le numerose ricadute nel diritto italiano in materia di confische²⁹². In questo modo, d'altronde, si impedisce un abuso di formalismo da parte del legislatore nell'ipotesi in cui la mancata qualificazione penalistica sia volta proprio ad evitare un *surplus* necessario di garanzie.

È indubitabile come sia necessario un maggiore sforzo definitorio dei criteri che governano la nozione per giungere a una maggiore tassatività delle interpretazioni giurisprudenziali. Non è questo, tuttavia, il maggiore rischio che si annida in tale operazione.

Come anticipato, l'addizione concettuale di garanzie deve risultare anche dal punto di vista effettuale e funzionale come reale implementazione. Ed allora, la nozione di materia penale, fondata principalmente su una nozione retributiva della pena²⁹³, non

²⁹¹ Condivide tale prospettiva F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 6 ss.

²⁹² A partire dalla nota sentenza della Corte Cost. n. 196 del 2010 che estende il corollario della irretroattività in materia di confisca dell'autoveicolo, citata come la prima sentenza della Corte Costituzionale che accoglie la nozione sostanziale di materia penale da O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016, p. 158.

²⁹³ Fondamentale sul tema della funzione della pena, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*.

deve assolutamente condurre a ritenere legittime correnti neo-retribuzionistiche²⁹⁴ od opzioni sanzionatorie meramente deterrenti.

In ambito europeo non esistono disposizioni volte ad individuare una precisa funzione della pena e per tale motivo la giurisprudenza sul punto è sostanzialmente assente o lacunosa. Da uno studio della politica criminale, soprattutto in ambito di Unione Europea, emerge, nondimeno, una tendenza all'esaltazione degli aspetti negativi della prevenzione, sia speciale che generale²⁹⁵.

La nozione di materia penale, in questo senso, non deve condurre ad accogliere nel nostro sistema una tale impostazione: neanche l'estensione delle garanzie penali attraverso il vettore della nozione di materia penale può giustificare l'esistenza di misure sanzionatorie volte alla mera deterrenza o, peggio ancora, interpretazioni del sistema penale in chiave meramente retributiva.

Se così non fosse, se qualsiasi opzione punitiva fosse legittima purchè sia rispettato il principio di prevedibilità e di irretroattività, l'addizione concettuale si risolverebbe in un risultato di segno negativo rispetto al nostro *standard* concettuale e, quindi, come tale, distonico rispetto all'art. 53 Cedu.

Nel secondo versante della legalità convenzionale viene in gioco il principio della riserva di legge. Una corrente dottrinale ritiene che, ormai, la garanzia democratica insita nel principio in esame non sia più in grado di soddisfare le aspettative del paradigma illuministico, essendo ormai in atto un processo irreversibile di decadimento e banalizzazione della funzione legislativa come conseguenza della crisi politica in atto da ormai molto tempo²⁹⁶. Pertanto, sostenere la legittimità della funzione normativa della giurisprudenza rappresenta una soluzione obbligata al vaglio della storia.

Dal punto di vista costituzionale, invece, non esistono surrogati della riserva di legge. La *ratio* democratica, connessa ad un procedimento legislativo dialettico e pubblico, con il consequenziale controllo della Corte Costituzionale non hanno equivalenti allo

²⁹⁴ Per una disamina delle correnti neoretribuzionistiche v. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p. 914 ss.

²⁹⁵ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921 ss.

²⁹⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, p. 79 ss.

stato attuale delle fonti. Rinunciare alla riserva di legge vorrebbe dire abdicare dall'impostazione costituzionale del diritto penale²⁹⁷.

Aderendo, di conseguenza, alla seconda delle prospettive esaminate, non potendo in alcun modo la Convenzione condurre ad un abbassamento del livello di garanzia, il principio della riserva di legge semplicemente si affianca alle garanzie convenzionali, ossia l'accessibilità del precetto e la prevedibilità della sanzione. Attraverso questo semplice ragionamento si arriva ad implementare le garanzie a disposizione del cittadino.

Il ragionamento, tuttavia, è meno semplice di quanto appare. Alcune domande, infatti, circondano l'interazione tra ordinamenti: esclusa la possibilità di un illecito penale di origine giurisprudenziale, quali sono gli spazi ermeneutici a disposizione della giurisprudenza? È necessario prevedere meccanismo che estenda ai contrasti giurisprudenziali, almeno diacronici, il vincolo del precedente per rispettare il principio d'irretroattività in chiave convenzionale? Il principio di prevedibilità dell'incriminazione è più ampio davvero del principio di determinatezza?

Sono queste alcune delle domande che agitano lo stato attuale del dibattito penalistico ed a cui è difficile rispondere in maniera definitiva e rigida.

Alcune considerazioni possono, tuttavia, già svolgersi²⁹⁸.

Autorevole dottrina²⁹⁹, chiarito come il principio della riserva di legge costituisca un pilastro insostituibile della nostra architettura costituzionale, ritiene il principio di prevedibilità di matrice europea una garanzia aggiuntiva, che completa la tutela del cittadino.

Il complessivo trattamento penale, in particolare, sarà prevedibile non soltanto nell'ipotesi in cui l'incriminazione penale sia compatibile con il tenore letterale del dato legislativo. Decisivo risulta lo stato della giurisprudenza al momento del fatto: la prevedibilità dell'incriminazione ha come parametro, infatti, il testo legislativo per come applicato nel diritto vivente.

²⁹⁷ PULITANO', *Il paradosso della legalità*, cit., p. 1 ss.. Su un diverso argomento ma attraverso le medesime argomentazioni, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi attuale della riserva di legge in diritto penale*, Napoli 2012.

²⁹⁸ Il riferimento al diritto penale giurisprudenziale ed ai meccanismi del precedente sarà ripreso nel quarto capitolo dal punto di vista della giurisprudenza nazionale.

²⁹⁹ F. VIGANO', *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie*, cit., passim.

È una metodologia, in realtà, non del tutto estranea al pensiero del giurista nazionale, abituato a confrontarsi con la categoria del diritto vivente in sede di questioni di legittimità costituzionale³⁰⁰.

Le incertezze intorno all'operazione sono in realtà molteplici, nonostante l'intento meritevole della dottrina di aumentare la prevedibilità del diritto penale alla luce del reale contesto operativo.

Perseguendo la metodologia in precedenza illustrata, l'introduzione di nuove garanzie deve risultare anche da un punto di vista funzionale un'aggiunta per il nostro ordinamento. La domanda da porsi, allora, è la seguente: la nostra concreta metodologia giuridica, in specie giudiziaria, è in grado di sistematizzare il diritto vivente in modo tale da rendere prevedibile la dinamica giuridica? Un tale meccanismo è compatibile con il principio della riserva di legge?

Vi è, infatti, una contraddizione latente tra il negare l'abdicazione della riserva di legge ed attribuire alla giurisprudenza un ruolo sistemico ai fini della certezza del diritto. In altri termini, sembra profilarsi il rischio di legittimare una prassi che superi il dato legislativo per addivenire ad una sistematizzazione del diritto, meccanismo incompatibile con la conformazione impressa dal principio della riserva di legge.

Non si vuol certo negare l'indubitabile valore positivo da attribuire ad una giurisprudenza ordinata e sistematica; si vuole, invece, ribadire come tale giurisprudenza possa muoversi nei confini ermeneutici del dato legislativo, senza poter colmare eventuali lacune o imperfezioni della legge parlamentare.

D'altronde, la medesima Corte di Strasburgo ha più volte ribadito l'incompatibilità col principio di legalità del meccanismo analogico e talvolta finanche dell'interpretazione estensiva, teorizzando un principio di stretta interpretazione³⁰¹.

Precetto penale, trattamento sanzionatorio e regime di esecuzione devono estrinsecarsi con nitidezza dal dato legislativo, ed è con questo dato che il cittadino deve confrontarsi.

Ed allora, sotto questo versante, il principio di determinatezza offre una garanzia maggiore ed in parte anche diversa. Come, infatti, magistralmente affermato nella nota sentenza della Corte Costituzionale del 1988³⁰², il principio di legalità si congiunge alle

³⁰⁰ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 112 ss.

³⁰¹ A partire dalla nota pronuncia Kokkinakis c. Grecia del 25 maggio 1993 e di recente ribadita nella pronuncia Schummer c. Germania del 13 gennaio 2011.

³⁰² Corte Cost., sent. 23-24 marzo 1988 n. 364, sulla quale v. D. PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 686 ss.; G. FIANDACA, *Principio*

istanze della colpevolezza attraverso il principio di riconoscibilità dell'illecito penale: tale principio postula una prevedibilità parametrata, però, attraverso criteri oggettivi e non attraverso una prognosi individuale.

In questo senso, benché spesso dimenticata, la garanzia della riconoscibilità implica una maggiore garanzia del cittadino, che non soltanto non può essere punito per un'incriminazione totalmente sconnessa dal testo di legge ma neanche per un'incriminazione corretta dal formante giurisprudenziale.

Ed infatti, diversamente da quanto accaduto nella sentenza Contrada³⁰³, il principio di riconoscibilità richiede un'obiettiva possibilità di conoscenza. *“La dottrina penalistica ha colto da tempo il nesso tra coscienza dell'illiceità e formulazione della fattispecie: un problema che interpella in prima battuta il legislatore, tenuto a costruire tipi di reato caratterizzati da un riconoscibile contenuto offensivo. Per fondare il rimprovero di colpevolezza è necessaria (e sufficiente) la possibilità di coscienza dell'illiceità del fatto commesso. Possibilità soggettiva nell'ottica della scusante. La possibilità obbiettiva ne è condizione necessaria.”*³⁰⁴

Ragionando in tal modo, l'istanza di riconoscibilità dell'illecito penale, implicita nella richiesta di accessibilità e prevedibilità del trattamento sanzionatorio, si emancipa dalle caratteristiche del singolo e si esplica quale fattore di legittimazione dell'intervento penale.

Risulta difficile, in questa prospettiva, individuare una maggiore latitudine della legalità convenzionale rispetto al principio di determinatezza, anzi si corre il rischio di assecondare quella prassi volta a compensare eventuali *deficit* legislativi con consolidate interpretazioni giurisprudenziali, fenomeno, nel nostro ordinamento, che si pone in violazione del principio della riserva di legge. Anche perché, proprio per le

di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88, in Foro it. 1988, I, p. 1385 ss.; T. PADOVANI, L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., in Legisl. Pen. 1988, p. 449 ss.; L. STORTONI, L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive, in Riv. it. dir. proc. pen. 1988, p. 1313 ss.; oltre alle lucide osservazioni di S. MOCCIA, Diritto penale tra essere e valore, cit., p. 141 ss.

³⁰³ Ci si riferisce alla nota vicenda dei fratelli minori di Contrada ed anche allo stesso provvedimento della Corte di Appello di Palermo, che ha rigettato il ricorso del sig. Contrada, violando palesemente il decisis della Corte Europea. Sulla vicenda complessiva v. S. BERNARDI, *I fratelli minori di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2017 ed anche S. BERNARDI, *Continuano i tormenti dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte di Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente di esecuzione proposto in attuazione del giudicato europeo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2017.

³⁰⁴ D. PULITANO, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 47.

differenze illustrate in apertura, il principio di legalità, in sede europea, continua a qualificarsi soltanto alla stregua di un diritto soggettivo e non, come invece nel nostro ordinamento, a fattore costituzionale legittimante l'intervento penale.

Sul punto, tuttavia, bisogna sottolineare un aspetto positivo svolto dal formante europeo. L'ambito applicativo del principio di determinatezza è stato spesso trascurato dalla giurisprudenza³⁰⁵ ed anche dalla dottrina³⁰⁶. Lo scontro con la legalità convenzionale ha consentito, allora, un risveglio culturale, ancora embrionale al momento, in merito alle potenzialità della legalità ed al suo nucleo garantista. Spesso la giurisprudenza europea è intervenuta laddove la giurisprudenza nazionale si era ritratta. Esemplare la recente vicenda delle misure di prevenzione personale, criticate da gran parte della dottrina italiana³⁰⁷ per l'indeterminatezza dei presupposti applicativi, e ciononostante immuni da censure giurisprudenziali.

La Corte di Strasburgo, con la recente sentenza De Tommaso³⁰⁸ ha "notato l'ovvio" ed ha condannato l'Italia per l'assenza di una base legale accessibile e prevedibile, in particolare in merito alla disciplina delle misure di prevenzione personale fondate sulla fattispecie di pericolosità generica di cui alla legge n. 1423 del 1956, successivamente confluite nell'art. 1 della legge n. 159 del 2011 (codice antimafia)³⁰⁹.

Ebbene, la sentenza in esame, certamente meritevole di condivisione, sarebbe stata evitabile qualora la giurisprudenza e la cultura nazionale avessero mostrato maggiore

³⁰⁵ Molto rare sono le sentenze di accoglimento di una questione legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza. Per una disamina della questione v. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale. Diritto penale sostanziale. Giurisprudenza sistematica. Aggiornato a settembre 2014*, in www.cortecostituzionale.it, p. 18 ss.

³⁰⁶ Poche sono le monografie sul punto, tra cui fondamentali S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit.; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989.

³⁰⁷ Cfr. M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 aprile 2017; più in generale G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1994, p. 110 ss.; F. BRICOLA, *Forme di tutela ante- delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di Alghero)*, Milano 1975, p. 31 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, p. 40 ss.

³⁰⁸ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it con nota di F. VIGANO', *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*; sul punto vedi anche A. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la corte europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità di legge, ma una rondine non fa primavera*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017.

³⁰⁹ La fattispecie riguardava la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza.

apertura in merito al principio di determinatezza e minore disinvoltura nell'assecondare fenomeno di supplenza giudiziaria³¹⁰.

In questo senso la giurisprudenza europea deve essere accolta come un'occasione importante per riscoprire le istanze della legalità, senza tuttavia limitarsi a quanto richiesto in sede europea. Il senso vero del maximum standard non è quello di un allineamento al dettato europeo, bensì la reale addizione garantistica di tutele del cittadino, attraverso la riaffermazione e riscoperta delle latitudini applicative dei principi costituzionali. In altri termini, esiste una siderale distanza tra l'affermare il maximum standard ed applicarlo realmente.

³¹⁰ Molto interessante, da questo punto di vista, il contrasto in essere nella giurisprudenza di legittimità e il conseguente rinvio alla Corte Costituzionale, in merito al rispetto del principio di determinatezza da parte del reato previsto dall'art. 75 co. 2 del D.lgs. 159 del 2011, relativo al delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, nella parte in cui si riferisce alla prescrizione di vivere onestamente e rispettare le leggi.

In un primo momento, le Sezioni Unite, proprio in conseguenza della sentenza De Tommaso, viste le numerose pronunce con cui la Corte Costituzionale aveva escluso l'indeterminatezza della norma (da ultimo sent. 282 del 2010), avevano concluso, attraverso una interpretazione manipolativa, che il delitto in questione non si riferisce alla prescrizione del vivere onestamente. Cass. pen., sez. un., 5 settembre 2017, n. 40076, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 9/2017, con nota di F. VIGANO', *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, p.146 ss.

Successivamente, la seconda sezione della Corte di Cassazione ha rinviato alla Corte Costituzionale la medesima questione, non per contrasto sul merito con le Sezioni Unite, bensì per una diversa visione ordinamentale del ruolo del giudice. Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2017, n. 49194, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 10/2017, con nota di F. VIGANO', *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione chiama in causa la Corte Costituzionale*, p. 272 ss.

Fondamentale è un passaggio della motivazione, in cui la Corte chiarisce in maniera encomiabile il valore della questione ed il motivo per il quale la Corte Costituzionale debba intervenire. *"Il difetto di legalità rilevato non può essere sanato con lo strumento dell'interpretazione adeguatrice [...]. Ritenere che la stessa 'esistenza astratta' di un delitto possa essere sottoposta alla fisiologica instabilità correlata alla 'diffusione' della facoltà di interpretazione connessa all'esercizio della giurisdizione, non risponde all'esigenza di prevedibilità alla cui tutela è funzionale il principio di legalità, né garantisce il diritto fondamentale alla libertà personale, che può essere inciso dallo Stato solo in caso di accertata violazione di norme 'stabili', ovvero conoscibili e prevedibili, definite in astratto in modo tassativo ed univoco e non sottoposte all'alea di valutazioni giurisprudenziali disomogenee. Il ricorso all'interpretazione adeguatrice, strumento a vocazione casistica, si rivela inadeguato a garantire la certezza del diritto necessaria quando sia in gioco la definizione dell'area delle condotte penalmente rilevanti, ovvero quando sia in predicato una 'interpretazione abolitiva' a vocazione generale,, che, come nel caso di specie, pretenda di travolgere il giudicato. Si ritiene, pertanto, necessario un intervento della Corte costituzionale, ovvero dell'unico organo che ha la capacità di incidere sulla legge con efficacia retroattiva, e che può assegnare alla condotta prevista dall'art. 75 co. 2 del d.lgs. n. 159/2011 la connotazione 'stabile' necessaria per garantire la prevedibilità della sanzione ed il sostanziale rispetto del principio di legalità"*

5 Il caso Taricco: un punto di non ritorno?

Il percorso teorico indicato è governato da momenti di stasi, in cui l'incoerenza ordinamentale è spesso latente, cui si susseguono momenti di forte scontro, dove i paradigmi in campo penale si pongono in antitesi.

Le antinomie descritte in materia di legalità rinvergono, nell'attesa dell'estensione delle garanzie, un equilibrio sempre precario ed incerto, conteso tra tradizioni costituzionali e visioni di sistema. A fasi di dialogo e di gestione dell'incoerenza si alternano monologhi solitari e tentativi di espansione del potere.

Il recente caso Taricco³¹¹, culminato nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale, rappresenta forse la migliore visione di due diverse prospettive assiologiche dalle forti potenzialità conflittuali.

Il caso in esame è molto noto, per cui è sufficiente una breve sintesi.

La Corte di Giustizia, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo, ha affermato l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che tale disciplina impedisca allo Stato italiano di adempiere agli

³¹¹ La bibliografia è sterminata, nonostante sia una vicenda ancora in atto. I principali commenti alla vicenda, salvo quelli testualmente citati nel proseguo, sono: F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, *ivi*, 22 settembre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*, 29 ottobre 2015; Id., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, *ivi*, 30 marzo 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, *ivi*, 10 dicembre 2015; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere*, *ivi*, 15 febbraio 2016; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 29 febbraio 2016; G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, *ivi*, 4 luglio 2016; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.

Da ultimo, si vedano gli Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", svoltosi a Roma, il 4 ottobre 2016 (in *Rivista AIC*, n. 4/2016), e del Convegno "I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016, raccolti nel volume, A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione: testualmente, *“qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE”*.

In particolare, l'obbligo di assimilazione è stato ritenuto violato a fronte della comparazione con il delitto di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-quater D.P.R. n. 43 del 1973), rispetto al quale il diritto interno non ha previsto alcun termine assoluto di prescrizione, con l'effetto che tale fattispecie non è assoggettata al limite massimo complessivo del termine prescrizionale in caso di eventi interruttivi, ricadendo il delitto nella classe dei reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. ai quali non si applica, ex artt. 160 e 161 c.p., il tetto invalicabile dell'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere.

A seguito del perentorio, e poco dialogico, invito della Corte di Giustizia, a fronte di orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione pronti a seguire la via tracciata, disapplicando la disciplina della prescrizione³¹², si è immediatamente posta la questione dei controlimiti, ossia della compatibilità della decisione della Corte di Giustizia coi fondamentali principi della Carta Costituzionale.

Il conflitto assiologico è chiaro ed evidente, ed è stato fotografato dalla Corte di Cassazione, terza sezione penale³¹³, la quale ha invocato, ad argine della disapplicazione

³¹² In particolare, Cass. Terza Sez. penale, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *Giur. it.*, 2016, con nota di F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, p. 965 ss.

³¹³ Non è stata, tuttavia, l'unica sentenza a sollevare questione di legittimità costituzionale. La Seconda Sezione penale della Corte di Appello di Milano, infatti, con ordinanza 18 settembre 2015, ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, *"nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§. 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia (...) - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160*

invocata in sede europea, i principi di cui all'art. 25, co. 2, 3, 11, 27, co. 3, 101, co. 2, Cost³¹⁴.

La Corte Costituzionale, con l'ordinanza in commento, decide di rinviare in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione, proponendo due quesiti: *“se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”*; *“se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine*

ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, co. 2, Cost.” La sentenza è pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con commento di F. VIGANO', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*.

³¹⁴ Le ordinanze di rimessione sono due: Cass. terza Sez. penale, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, 15 luglio 2016; Cass. terza Sez. penale, ord. 31 marzo 2016, ric. Adami e altri.

costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”³¹⁵.

La vicenda offre numerose prospettive di indagine e temi problematici: la natura giuridica dell’istituto della prescrizione, fulcro legale della questione; l’efficacia dell’art. 325 TFUE e il suo valore dispositivo; l’istituto della disapplicazione e la dottrina dell’effetto diretto; i rapporti tra giudice interno e Corte di Giustizia; il rapporto tra la tutela degli interessi finanziari, motore immobile della costruzione europea e le finalità della pena.

Ai fini, tuttavia, dell’analisi dell’ermeneutica giudiziaria e dei paradigmi interpretativi, due sono i temi meritevoli di approfondimento in questa sede: il divieto del giudice di scopo dichiarato dalla Corte Costituzionale, e la conseguente valorizzazione del principio di determinatezza; l’evidente e plastico scontro tra paradigmi in atto, visibile nella disarmonia tra tutela degli interessi finanziari e tutela dei diritti fondamentali ed il ruolo della Corte Costituzionale sul punto.

Si possono anticipare, sin da ora, le conclusioni cui si vuole giungere: il principio di determinatezza impone una formalizzazione anticipata che il giudice non può disattendere; il piano assiologico tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale è espressione di un’incoerenza inconciliabile, che obbliga la Corte Costituzionale, dietro l’apparente ricerca di un dialogo, ad ipotizzare una forma di disobbedienza funzionale³¹⁶.

Nell’iter argomentativo della Corte Costituzionale, caratterizzato da grande cautela, ma anche da alcuni punti fermi, vi è un sostrato assiologico espresso in poche frasi, come ad esempio: “*il riconoscimento del primato del diritto dell’Unione Europea [...] richiede*

³¹⁵ L’ordinanza è pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di C. CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*. Per ulteriori commenti v.: L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”*, in *Verfblog*, 31 gennaio 2017; R. E. KOSTORIS, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 marzo 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, *ivi*, 13 febbraio 2016; F. PALAZZO, *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 285 s.; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 112 ss.; G. RICCARDI, *Patti chiari e amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 27 marzo 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, p. 81 ss.; C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *ivi*, 27 marzo 2017.

³¹⁶ Cfr. C. CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco*, *cit.*, p. 4.

che siano osservati i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona"; il principio di legalità quale *"principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva"*; l'esigenza di determinatezza delle norme penali, *"che appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri quale corollario del principio di certezza; ed infine " nell'ordinamento italiano, come anche in quello europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale: mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice"*.

Il sentiero concettuale è chiaro ed evidente e, ciononostante, la Corte, in un tipico dialogo governato dall'incoerenza, cerca aperture e legami assiologici: si affretta, ad esempio, ad evidenziare l'incompatibilità della regola Taricco con l'art. 7 Cedu, per il relativo carattere di imprevedibilità di una condanna fondata su una tale interpretazione dell'art. 325 TFUE.

D'altronde, i parametri normativi richiamati sono in parte anche europei, come l'art. 49 della Carta di Nizza e le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Ciò su cui, tuttavia, la Corte Costituzionale sembra non cedere è la configurazione dell'attività interpretativa del giudice, il quale *"non può creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire"*

Le argomentazioni della Corte, da accogliere con favore, mostrano profili di coerenza interordinamentale ma di incoerenza interna.

L'aspetto lineare del ragionamento dalla Corte è rappresentato dalla ricerca di un dialogo in cui, in realtà, sono posti in evidenza i punti di distanza culturale, nonostante il tenore formale della motivazione. Come illustrato in precedenza, la Corte chiarisce le diversità tra la legalità convenzionale e quella interna, la distanza storica e genealogica, così come la diversa funzionalità e, di conseguenza, pone un limite all'integrazione europea, come aveva già fatto la Corte Costituzionale tedesca³¹⁷ e come, invece, non vi era riuscita quella spagnola³¹⁸: l'integrazione ed il dialogo si svolgono su una

³¹⁷ Ci riferiamo alle note sentenze Solange della Corte Costituzionale tedesca, sulle quali v. S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma 2008, p. 11 ss.

³¹⁸ Tribunal Constitucional de Espana, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni, pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANO', *Obblighi di adeguamento al diritto Ue e controlimiti: la Corte Costituzionale spagnola si adegua, bon grè mal grè, alla sentenza dei*

piattaforma comune, rispetto alla quale l'idea del controlimito, mai citata ma implicitamente presente, individua il confine. Oltre quella piattaforma comune, nata per garantire maggiore tutela ai diritti fondamentali, i principi costituzionali nazionali non ammettono deroghe in senso negativo.

Il punto è di fondamentale importanza. La Corte non rinnega il percorso europeo; la rivendicazione della propria tradizione costituzionale non si contrappone all'integrazione europea. Si ricerca un'unità nella diversità ed, in coerenza con quanto prima esposto, si individua nell'art. 53 della Carta di Nizza il fulcro e la cerniera delle diversità che si confrontano³¹⁹.

In questa prospettiva la Corte difende la propria visione dell'attività giurisdizionale e, con essa, il principio di legalità *sub specie* di determinatezza. La linea interpretativa è semplice e chiara: dal collegamento tra il principio della riserva di legge e la soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost si evince come il principio di determinatezza costituisca una garanzia fondante il nostro sistema costituzionale e non annoverata nel contesto europeo, che pure condivide singolarmente taluni principi.

L'incoerenza, e forse le novità, emergono, invece, dal raffronto con la giurisprudenza interna della Corte Costituzionale riguardo alle leggi nazionali di volta in volta portate al suo scrutinio per carenza di precisione. È considerazione condivisa³²⁰ quella secondo la quale il principio di determinatezza ha avuto una scarsissima valorizzazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale ha diverse volte respinto per manifesta infondatezza le questioni in materia di determinatezza del dato legislativo, attribuendo al giudice comune il compito di superare le eventuali ambiguità linguistiche fino a dare concretezza al precetto. Nella giurisprudenza della Corte, la dottrina individua due linee conduttrici: la prima, più risalente, propensa a considerare la determinatezza sul piano della formulazione linguistica della fattispecie; la seconda, più recente e volta a considerare la determinatezza sotto il profilo dell'interpretazione e dei risultati

giudici di Lussemburgo nel caso Melloni, 9 marzo 2014. Fondamentale anche il lavoro di G. CARLIZZI, *Per una sistematica dei discorsi sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, in *Criminalia* 2013, p. 301 ss.

³¹⁹ Cfr. C. SOTIS, *Tra Creonte ed Antigone*, cit., p. 4.

³²⁰ Per tutti F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziali del principi di determinatezza e tassatività in materia penale*, in A. M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli 1991, p. 75 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale. Significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e Corte Costituzionale*, Napoli 2006, p. 49 ss.

conoscitivi³²¹. *“In questa seconda prospettiva si divide ulteriormente l’oggetto di valutazione della Corte costituzionale tra la determinatezza come determinabilità o interpretabilità della norma e determinatezza come risultato interpretativo. Quest’ultimo sarebbe in definitiva il vero oggetto di valutazione della Corte costituzionale”*³²².

In quest’ottica, costituendo il diritto vivente un parametro di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, ed attribuendo al giudice il ruolo di colmare, attraverso l’interpretazione, il *deficit* normativo della disposizione di legge, il principio di determinatezza è eclissato a mero principio argomentativo, espressione di un’indicazione politico criminale piuttosto che di una esigenza vincolante sul piano dei principi.

L’ordinanza Taricco sembra, invece, muoversi in una diversa direzione. Il canone della determinatezza è un principio il cui interlocutore legittimo è il legislatore ed il proprio guardiano la Corte Costituzionale, e non assegna al giudice un’istituzionale forma di supplenza. D’altronde il rischio è un’inversione metodologica per la quale onde perseguire un’interpretazione costituzionalmente adeguata si viola un diverso principio costituzionale.

Autorevole dottrina già individua nell’ordinanza un implicito mutamento di giurisprudenza costituzionale.³²³

In questo senso sembrerebbero deporre anche le parole del Presidente della Corte Costituzionale, nella sua relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2016, dove afferma *“la Corte ha, infatti, ormai superato l’idea monopolistica del sindacato di costituzionalità ed ha anche superato il criterio del cosiddetto “diritto vivente”, secondo cui l’ipotesi di un’interpretazione costituzionalmente conforme regrediva di fronte a un diverso indirizzo consolidato in giurisprudenza, soprattutto delle giurisdizioni superiori”*³²⁴.

Il ragionamento della Corte può essere, quindi, interpretato come un messaggio rivolto a tutte i formanti dell’ordinamento italiano, oltre che, ovviamente, alla Corte di Giustizia³²⁵. Al giudice penale non si può attribuire il monopolio della politica

³²¹ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., p. 49.

³²² M. C. BARBIERI, Art. 1, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 65 ss.

³²³ C. SOTIS, *Tra Creonte ed Antigone*, cit., p. 16.

³²⁴ La relazione è consultabile sul sito della Corte Costituzionale. Per un commento v. G. M. SALERNO, *Corte Costituzionale alla ricerca del miglior diritto possibile*, in *Guida al diritto*, 14/2017, pp. 10-12.

³²⁵ Nei medesimi termini D. PULITANO, *Ragioni della legalità*, cit., p. 4.

criminale, attraverso l'individuazione di un mero scopo, come la tutela degli interessi finanziari, da raggiungere attraverso qualsiasi viatico giuridico³²⁶.

La Corte Costituzionale, pertanto, sembra ostruire quel canale di comunicazione diretto tra Corti europee e giudici comuni, attraverso, oltre che argomentazioni giuridiche, un richiamo, anche culturale, ai principi fondanti nel nostro ordinamento, da tutelare sino al punto di disobbedire, o minacciare di disobbedire, come in questo caso, alle istanze europee.

La risposta fornita dalla Corte di Giustizia sembra improntata al medesimo tenore argomentativo e, soprattutto, attraverso i classici punti di fuga dell'incoerenza, sembra comunque accogliere le istanze della Corte Costituzionale italiana.

La Corte di Giustizia stabilisce, infatti, *“l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”*³²⁷.

Diversi sono gli espedienti retorici adoperati dalla Corte per addivenire ad un risultato che garantisca la permanenza del pluralismo (dis)ordinato tra gli ordinamenti europei.

Dopo aver ribadito, infatti, l'importanza della tutela degli interessi finanziari (prospettiva monista), ed in particolare per quel che concerne il regime dell'IVA nei diversi Paesi europei (prospettiva pluralista integrata, in quanto parte del gettito IVA è destinato a finanziare l'Unione Europea), la Corte compara la regola espressa nella prima sentenza Taricco, con i principi a fondamento dell'ordinanza della Corte Costituzionale.

³²⁶ Il punto sarà foriero di ulteriori valutazioni nell'ambito del quarto capitolo.

³²⁷ Corte di Giustizia, causa C-42/17, 5 dicembre 2017, pubblicata in www.giurisprudenzapenale.it

Un primo canale di fuga dallo scontro silente con l'ordinamento italiano è il fattore temporale: al momento del fatto oggetto del procedimento penale il regime della prescrizione, punto nodale della questione, non era oggetto di una misura di armonizzazione, motivo per il quale l'Italia era sostanzialmente libera nel qualificare il termine di prescrizione come di natura sostanziale. È uno schema ricorrente quello di adoperare argomenti fattuali (il tempo) per fuggire dall'incoerenza e consentire un coordinamento in altre sedi.

Ciò chiarito, la Corte non ritratta la massima della precedente sentenza, né avrebbe potuto; tuttavia, attraverso un'argomentazione materiale, stabilisce il primato del principio di legalità rispetto alla tutela degli interessi finanziari.

Il principio di legalità dei reati e delle pene, infatti, appartiene alle tradizioni giuridiche comuni europee, ed è previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza, oltre che dall'art. 7 CEDU. Si compone, nella prospettiva in esame, dei tre corollari della prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale.

Il punto chiave riguarda proprio il principio di determinatezza: secondo la Corte, “ *il requisito della determinatezza della legge penale applicabile [...] implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale*”³²⁸.

È questo un passaggio fondamentale per due ordini di motivi.

In primo luogo, mai come in questa sentenza la Corte si riferisce espressamente al principio di determinatezza e lo declina verso la legislazione. La tutela dei diritti fondamentali dell'uomo è insita nell'esigenza di una formulazione chiara e precisa della fattispecie incriminatrice e neanche la tutela degli interessi finanziari può ribaltare questo assunto.

Vi è, poi, un passaggio chiave nel secondo periodo. Come da costante giurisprudenza della Corte EDU, alla determinatezza si associa il canone della prevedibilità delle conseguenze giuridiche da parte del singolo, che può essere soddisfatto anche attraverso orientamenti giurisprudenziali stabili ed accessibili. La Corte, tuttavia, a nostro parere, non consente una sostituzione del formante legale con il formante ermeneutico. Anche attraverso il tenore letterale della motivazione, si comprende come l'interpretazione

³²⁸ Punto 56 della sentenza.

giurisprudenziale può essere di ausilio nella comprensibilità della norma, ma non può sostituirsi ad essa.

È questo uno dei punti più alti del dialogo tra Corti, che coniuga perfettamente quella prospettiva di innalzamento delle garanzie attraverso l'esaltazione delle proprie caratteristiche ordinamentali.

Questo è stato possibile perché vi è stato un atteggiamento sapiente della Corte Costituzionale che, attraverso un'ordinanza dal tenore dialogico (in realtà ferma nella tutela dei diritti), ha difeso i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, tentando una via di sintesi con la Corte di Giustizia, senza per questo sacrificare il principio del primato del diritto europeo.

In questo senso è possibile cogliere un punto di connessione con la sentenza n. 49 del 2015³²⁹. L'intricata vicenda della confisca senza condanna ha fornito alla Corte l'opportunità per chiarire il ruolo ermeneutico della Cedu.

Anche qui, il tenore delle argomentazioni oscilla tra il riconoscimento ed il distacco. La Corte Costituzionale ribadisce, infatti, che tutti i giudici nazionali devono applicare la Cedu, per come interpretata dalla Corte Edu; che riguardo al caso specifico oggetto della decisione della Corte di Strasburgo il giudice italiano ha un vincolo ineludibile; che sussiste un obbligo di interpretazione conforme della legislazione interna ai principi della Cedu consacrati nella giurisprudenza europea.

Terminate le parole di elogio, però, la Corte riporta l'incoerenza ordinamentale a proprio favore. “*Soltanto nel caso in cui si trovi in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna*”.

In sintesi, la Corte Costituzionale ritiene che soltanto un orientamento giurisprudenziale consolidato possa costituire un vincolo ermeneutico per il giudice comune, il quale, in

³²⁹ Per un commento alla vicenda specifica v. F. VIGANO', *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49 in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta al riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015; V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

assenza di una tale situazione, è libero di adottare l'interpretazione conforme al proprio ordinamento³³⁰.

In entrambe le pronunce si possono intravedere gli estremi di una disobbedienza funzionale³³¹. Le decisioni di tal tipo sono caratterizzate da un'apertura ai principi sovranazionali, continuamente richiamati, da cui ci si distacca lentamente tramite argomentazioni materiali, funzionali a una diversa interpretazione del dato europeo, al fine di renderlo compatibile con una diversa assiologia costituzionale³³².

Studiati in una prospettiva teleologica, gli atti di disobbedienza funzionale non mirano ad un anacronistico ritorno al passato, frutto di una nostalgia giuridica, bensì spesso svolgono una funzione critica della giurisprudenza europea al fine di riconsiderare talune posizioni ed acquisire una maggiore consapevolezza della portata delle proprie pronunce³³³.

In questo senso, la disobbedienza costituisce un fisiologico momento di disordine che consente al sistema di evolvere, presumibilmente in senso positivo. Il giudice disattende un certo tipo di obbligo ma espone pubblicamente le proprie argomentazioni, al fine di rendere evidente la distanza assiologica e per cercare, ove possibile di colmarla.

È questo, forse, un atteggiamento maturo dinanzi al percorso di integrazione europea. Un coordinamento tra sistemi, come quello in atto tra Unione Europea e ordinamenti nazionali, postula una teoria dei vasi comunicanti per la quale ogni ordinamento si arricchisce, secondo le prospettive, dagli altri, e non invece, un'unidirezionalità a regia europea, senza per questo contrastare, però, le evidenti ragioni sottese al principio del primato europeo.

³³⁰ La sentenza lascia aperte alcune criticità, difficilmente colmabili, come ad esempio l'individuazione di un diritto consolidato. Su questi aspetti v. V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 14 ss.

³³¹ La categoria tipica dagli studiosi di teoria dell'organizzazione è stata adottata per segnalare questa decisione da G. MARTINICO, *Corti Costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 303 ss.

³³² Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna 2010, cit., passim.

³³³ Vi sono molti altri esempi tutti citati in maniera esemplare da G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme)*, cit., p. 307 ss.

Capitolo III: La teoria ermeneutica quale sovrastruttura di un paradigma.

1 Il significato del modello ermeneutico.

Si è cercato di illustrare come l'interazione con il modello europeo abbia innescato una rivalutazione genetica di alcuni tratti del diritto penale nazionale in vista di una sovraesposizione del formante giurisprudenziale ed attraverso un alleggerimento dogmatico di talune categorie fondanti.

Tale sviluppo, che assume tratti specifici in ogni ramo dell'ordinamento, nel diritto penale ha trovato un legame funzionale con la teoria ermeneutica.

I tratti peculiari della stessa sono già stati illustrati in precedenza³³⁴ (superamento del divieto di analogia e di uno schema sussuntivo dell'applicazione giudiziaria; emergere della categoria della precomprensione; interazione tra elemento fattuale e norma giuridica; il carattere fondante dell'interpretazione giudiziaria attraverso la rivalutazione del diritto come scienza pratica; nozione di tipo quale principale vettore ermeneutico). In questo momento è invece opportuno cogliere il significato precipuo del modello ermeneutico nella dinamica penalistica onde valutarne le reali prospettive di sviluppo ed i tratti inconciliabili con i principi costituzionali.

È prospettiva costante di tale lavoro, infatti, non prendere una posizione aprioristica nei confronti di un modello teorico, bensì cercare di valutarne la compatibilità con i caratteri fondanti del nostro sistema costituzionale. È questa una prospettiva obbligata in un ordinamento caratterizzato dalla gerarchia non solo formale ma anche assiologica delle fonti. Ed è questa, anticipando una possibile conclusione, una delle mancanze ideologiche dei tentativi di rivoluzione del nostro ordinamento in chiave ermeneutica, ovvero aver omesso un possibile arricchimento reciproco tra legalità ed ermeneutica, tra principi costituzionali e dinamica interpretativa.

Per cogliere il senso di tale prospettiva è tuttavia necessario, in primo luogo, esaminare il ruolo del modello ermeneutico nella storia della filosofia al precipuo fine di coglierne alcuni tratti salienti attraverso il vettore ottico dei principi costituzionali.

Storicamente, l'approccio ermeneutico alla filosofia del diritto nasce come tentativo di superamento, da un lato, del rigido imperativismo della scienza legislativa di impronta

³³⁴ Vedi primo capitolo.

liberale e, dall'altro, dei dettami della filosofia analitica, per la quale è la scomposizione semantico-linguistica il luogo per eccellenza del senso giuridico³³⁵.

In questa prospettiva, la prassi giuridica assume un carattere costitutivo dell'essere diritto³³⁶. La filosofia ermeneutica è una reazione alla forte depersonalizzazione della scienza giuridica, del suo carattere informale e monolitico, assunto anche a causa delle influenze neopositivistiche. Con il sorgere di contrasti sociali e culturali, della globalizzazione e contaminazione delle culture, muta l'angolo prospettico dal quale indagare il diritto, non essendo più possibile una prospettiva unilaterale (la prospettiva della norma). L'interprete irrompe nello scenario giuridico quale portatore di una coscienza giuridica, di un orizzonte di attese di diritto e pregiudizi ermeneutici. Le nozioni di senso, di valore, di intersoggettività si consolidano come categorie giuridiche degne di approfondimento scientifico, nel tentativo di mediare la soggettività dell'interprete con l'oggettività della pratica giuridica.

Nonostante le sue diverse declinazioni, il movimento ermeneutico, nel suo complesso, assume un chiaro e marcato significato antipsicologista e antiscettico. Tuttavia, non individua nella disposizione scritta e nell'autoritarità del legislatore l'argine alla decostruzione, bensì nella dinamica interpretativa, nello scontro tra interprete e testo, nel carattere fondante della comunità scientifica in senso ampio.

In un sistema ordinamentale frammentato e composito, sia in chiave normativa sia giuridica, e in assenza di blocco sociale culturalmente unitario, la filosofia ermeneutica ha seguito un approccio di tipo intersoggettivo volto a far emergere il primato della comprensione.

L'attenuarsi del rigore formale dei testi giuridici e il dover rispondere ad aspettative sociali differenti e a volte confliggenti ha esaltato il carattere interpretativo della dinamica giuridica, incapace di fornire risposte stabili nel tempo, sempre pronta, tuttavia, a rielaborare di continuo i risultati raggiunti.

In quest'ottica, la filosofia ermeneutica si manifesta in una pluralità di punti di vista.

Innanzitutto *“riflette sulle basi ontologiche della scienza dello spirito, sui presupposti non epistemologici dell'epistemologia”*³³⁷.

³³⁵ Cfr. G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragione Pratica*, 1998, p. 137 ss. Per un'introduzione, invece, alla filosofia analitica v. V. VILLA, *La filosofia del diritto di orientamento analitico*, in A.A. V.V., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010, p. 311 ss.

³³⁶ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1959, p. 337 ss.

³³⁷ F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 426.

Superata la visione monolitica del legislatore, è inevitabile interrogarsi su quelle che sono le condizioni del comprendere. È stato merito dell'ermeneutica, pertanto, aver posto i riflettori non soltanto sull'interprete, ma anche sulla categoria della precomprensione, sì obbligando gli operatori giuridici a confrontarsi con i propri pregiudizi e con le proprie attese e a verificare la compatibilità delle anticipazioni di senso con il testo giuridico. Sono le condizioni del comprendere il primo oggetto di studio della teoria ermeneutica.

Da questa prima domanda emerge una diversa problematica, sicuramente più controversa: il passaggio dell'ermeneutica da filosofia a metodologia.

Le categorie appena citate, dalla precomprensione alla fusione degli orizzonti tra testo e interprete, rappresentano, nelle intenzioni degli esponenti del movimento, snodi applicativi di un modello teorico. La mediazione nella distanza alienante tra testo e interprete impone una metodologia che sia in grado di far emergere le rispettive anticipazioni di senso al fine di un progressivo avvicinamento reciproco sino al momento della decisione. L'interpretazione diviene essa stessa una forma di applicazione, oltre ad essere un angolo prospettico privilegiato per comprendere il senso del diritto.

Così esposto, tuttavia, la metodologia ermeneutica non si pone come antitetica alla filosofia illuminista, né tantomeno agli ordinari criteri interpretativi. Piuttosto, il tentativo è quello di porre l'interprete in una consapevolezza della precarietà e dell'instabilità del proprio ruolo, onde evitare tanto atteggiamenti nichilisti, quanto un pericoloso appiattimento culturale verso modelli solo formalmente rispettati.

È questo, ad un tempo, un punto di forza ed un punto di debolezza della filosofia ermeneutica. Aver fatto emergere le concrete istanze della dinamica interpretativa, i condizionamenti culturali, le distanze ontologiche, le condizioni del comprendere ha certamente consentito di cogliere aspetti e problematiche per troppo tempo inesprese. Tuttavia, al medesimo tempo, gli strumenti concettuali offerti per fronteggiare tali problematiche sono stati ben pochi. Non è un caso, pertanto, che la maggior parte degli studiosi debitori di questo movimento abbia sempre affiancato l'ermeneutica a un diverso approccio giuridico.

In questa chiave si spiega lo stretto legame che si viene a creare tra interpretazione e argomentazione. Non aver individuato strumenti precisi di metodologia giuridica ha portato ad una forte rivalutazione del momento argomentativo, del contesto di giustificazione. È quello il luogo privilegiato in cui l'interprete deve dimostrare la

propria precomprensione ed il proprio confrontarsi con la comunità giuridica. Non è un caso, pertanto, la forte accentuazione dell'argomentazione per valori espressa in sede europea, in quanto rappresenta proprio la reazione all'assenza di una metodologia vincolante.

Traslando quanto detto nello specifico settore penalistico il discorso si arricchisce assiologicamente.

Il movimento filosofico ermeneutico penale denominato, dalla dottrina che maggiormente ha studiato il tema, "*ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*"³³⁸, la cui origine è possibile rinvenire nelle riflessioni di Radbruch³³⁹, è culminato nel pensiero di Winfried Hassemer. Successivamente, dagli anni '70, il movimento in esame ha influenzato il pensiero giuridico italiano, seppur in maniera disorganica e non completamente uniforme.

L'ermeneutica giuridica non si è limitata ad una generica affermazione del carattere centrale dell'interpretazione giudiziaria, ma ha svolto un ruolo fondamentale anche in tema di "*scienza del diritto, spingendo a riconfigurare le categorie di cui si servono i giuristi, in modo da corrispondere alla realtà su cui esse vogliono fare presa*"³⁴⁰.

Non è possibile, tuttavia, proprio per quel carattere fluido e interdisciplinare sottolineato, individuare con precisione una scuola ermeneutica. È, invece, possibile riconoscere talune idee cardine di questo movimento, a partire dall'interazione tra elemento normativo ed elemento giuridico.

Avendo già esaminato i pilastri dell'ermeneutica posti a fondamento di un nuovo paradigma penale di stampo interpretativo, è ora opportuno considerare i medesimi elementi da una diversa prospettiva, al fine, in particolare, di vagliarne la legittimità costituzionale e di verificarne l'apporto contenutistico ad un diverso approccio al diritto penale.

³³⁸ Secondo la terminologia di G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Bologna 2016, p. 16, adoperata quale prezioso punto di riferimento e costante veicolo di informazioni per l'intero capitolo.

³³⁹ L'individuazione di Radbruch quale primo Autore a dedicarsi a tematiche ermeneutiche è dovuto soprattutto all'opera di G. CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, cit., p. 11 e ss. dove pure chiarendo come molte delle tematiche ermeneutiche siano in Radbruch sottostimate, si sottolinea come egli sia stato il primo ad evidenziare la dialettica tra elemento fattuale ed elemento giuridico, asse portante del pensiero ermeneutico.

³⁴⁰ G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p. 15.

2. Precomprensione della norma.

La categoria della precomprensione è il frutto più evidente dell'influenza di Hans Gadamer sull'ermeneutica giuridica. Si tratta di una condizione trascendentale della comprensione che nel campo giuridico innesca una serie di procedimenti a catena.

Non bisogna, comunque, correre l'errore di identificare inconsciamente l'ermeneutica giuridica con il pensiero di Gadamer. In particolare, la filosofia di Gadamer ha innescato una serie di riflessioni nella scienza giuridica, essendo questa un terreno privilegiato per lo studio dell'interpretazione, cui però sono seguite problematiche ulteriori e differenti. La difficoltà precipua dell'ermeneutica giuridica, nel differenziarsi dai postulati di Gadamer, è stato quella di individuare un significato precettivo del proprio pensiero e delle proprie categorie.

Tale difficoltà metodologica appare in tutta la sua evidenza nella ricerca della precomprensione dell'interprete. Si tratta di un'intuizione fondante del pensiero ermeneutico, che pone in risalto il senso della domanda da cui muove l'interprete, il suo pregiudizio interpretativo che governa il suo contesto di scoperta. Cronologicamente, la categoria della precomprensione opera prima che i singoli metodi interpretativi vengano in risalto. Essa costituisce il progetto interpretativo con il quale il giudice si accosta al fatto e al testo giuridico. La precomprensione è ciò che mette in modo il sentiero ermeneutico ma, soprattutto, è ciò che mette in comunicazione fatto e diritto. *“ È una potenzialità di conoscenza che mette capo a soggetti ben determinati con un'ipotesi di possibile significato che, lasciandosi poi continuamente correggere da altre successive ipotesi adeguate, migliorative o sostitutive di quella originaria può condurre a modificare l'aspettativa di significato con cui l'interprete si accosta ad un testo ”*³⁴¹.

In questa direzione, la teoria ermeneutica surroga all'incapacità del giuspositivismo nell'individuare il procedimento di scelta delle premesse del ragionamento sillogistico di stampo illuministico.

Pur assumendo una posizione fondamentale nel pensiero ermeneutico, essendo forse il motore di tutte le successive riflessioni, il primo interrogativo che si pone è quello concernente la natura del concetto di precomprensione. Appare evidente, infatti, come si tratti di un concetto non giuridico, non prescrittivo ma anzi descrittivo. In questo senso occorre interrogarsi sull'utilizzo e sulle conseguenze di tale categoria nel pensiero penalistico.

³⁴¹ F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 427.

Una prima tentazione, necessariamente da superare, è quella di assegnare un senso psicologico alla categoria in esame: precomprensione intesa come insieme di emozioni, pregiudizi e sensazioni del giudicante. È questa, d'altronde, la tesi delle filosofie scettiche, pronte a rinunciare a un'analisi scientifica dei dati giuridici nella dinamica della decisione.

È, tuttavia, una tentazione da superare sia da una prospettiva interna sia da una visione esterna³⁴².

In quest'ultima direzione, lo strumento processuale introduce diversi istituti per vanificare legami tra il giudicante e la responsabilità dell'imputato, a partire dai meccanismi dell'incompatibilità fino alle ipotesi di astensione e ricusazione (oltre che di rimessione in ottica collettiva dell'organo giudiziario). D'altronde, sarebbe sufficiente l'obbligo della motivazione, così come disegnato dagli artt. 192 e 546 c.p.p. per escludere la legittimità di una decisione fondata sull'emozionalità del giudice.

Dallo specifico punto di vista ermeneutico, invece, la categoria della precomprensione ha una natura intersoggettiva e pertanto antipsicologista.

Pur essendo legata al singolo interprete, infatti, non configura un atto individuale bensì è *“il risultato di una socializzazione professionale e di una formazione giuridica, di una catena di interpretazioni precedenti che entra a costituire una tradizione comune”*³⁴³.

Emerge il carattere sostanzialmente dialettico dell'interpretazione, la quale, pur non essendo più volta all'individuazione di un significato oggettivo ed immutabile del testo, è comunque tesa alla ricerca di un significato condiviso a partire da alcune convenzioni interpretative.

In questo punto, l'ermeneutica giuridica si salda con la teoria dei paradigmi di Kuhn. La categoria della precomprensione, pur assumendo alcune venature di carattere individuale, vive immersa in quelle asserzioni tacite che consentono a un paradigma di operare. Le convenzioni interpretative, i significati d'uso, non sono altro che aspetti del paradigma scientifico di cui la comunità interpretativa si serve per praticare nella realtà e che restano validi finché un periodo di scienza straordinaria non si innesca.

È proprio nell'operare di tali condizioni tacite, di frammenti di paradigma, di regole funzionali che, in chiave ermeneutica, la categoria della precomprensione individua i propri punti di partenza.

³⁴² Cfr. L. LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia* 2011, p. 365 ss.

³⁴³ F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 188.

Una degli insegnamenti più preziosi della filosofia ermeneutica è costituito proprio dallo sviluppo del sentiero innescato dalla precomprensione.

Tralasciando per un momento la dinamica tra fatto e diritto³⁴⁴, al fine di disinnescare intuizionismi e soggettivismi, la filosofia ermeneutica ha elaborato taluni criteri di controllo che assumono una valenza fondamentale nella teoria giuridica.

Indicativi sono, ad esempio, i criteri dell'adeguatezza, della congruenza e della giustizia³⁴⁵ formati per il controllo in sede di giustificazione della *questio facti*.

Il merito principale è, però, quello di aver posto l'accento su un aspetto dell'interpretazione sovente trascurato ma, soprattutto, di costringere l'interprete a confrontarsi con il proprio orizzonte di senso, ad esternarlo nella decisione ed introdurlo nel dibattito giuridico. Aver reso visibili dei meccanismi decisivi ma oscuri è unanimemente³⁴⁶ riconosciuto come uno dei maggiori meriti della filosofia ermeneutica. A questo punto si pone come obbligo la ricerca di un ruolo sistemico della categoria della precomprensione all'interno di un diritto penale costituzionalmente orientato. Dalla necessità di un coordinamento tra le premesse ermeneutiche e la stasi costituzionale, sorge obbligatoria una considerazione.

L'avvento del costituzionalismo tipico del 900' e di una gerarchia tra principi costituzionali e regole legislative impone un diverso approccio alla filosofia ermeneutica. In particolare, lo studio della prassi e del carattere fondante dell'interpretazione non può non confrontarsi con il carattere prescrittivo ed obbligatorio dei principi costituzionali. La ricerca dell'interprete non è libera e la prassi, da sola, non può porsi come elaboratore di regole da positivizzare. Se l'ermeneutica ha avuto il merito di individuare processi latenti e categorie descrittive prima ignorate, non può avere, tuttavia, la legittimazione ad autorizzare qualsiasi ruolo della prassi, almeno nel settore penalistico³⁴⁷.

I beni costituzionali in gioco ed i principi ad essi connessi, nella vigenza dell'odierna Costituzione, obbligano l'interprete ad un preciso orizzonte di precomprensione.

“L'orizzonte generale dei valori guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell'interprete nel diritto positivo, soprattutto del giudice”.³⁴⁸

³⁴⁴ Già esaminata nel primo capito e oggetto di una rielaborazione nel corso del capitolo conclusivo.

³⁴⁵ Frutto delle riflessioni di N. MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1987, p. 243 ss.

³⁴⁶ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 125 ss.

³⁴⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *Tre osservazioni su New realism ed ermeneutica*, in *Ragione Pratica* 2014, p.341 ss.

³⁴⁸ D. PULITANO', *Quali ermeneutiche per il diritto penale*, cit., p. 49.

È questa una conclusione semplice, obbligata, che pone tuttavia interrogativi dalla difficile risoluzione. Ed infatti, nell'ambito della precomprensione si riflette il dibattito mai sopito³⁴⁹ sul diritto penale costituzionale, in particolare tra una visione, prettamente dottrinale, volte a favorire esigenze di tutela del reo, ed una visione più giudiziaria, influenzata, come visto, dalla prospettiva europea, volta a privilegiare istanze di tutela dei beni giuridici violati ed, in ultima istanza, della vittima³⁵⁰.

Basterebbe citare l'eterogenesi dei fini subita dal bene sicurezza³⁵¹ o, ancora, il dibattito sulla reale consistenza e fondamento del principio di offensività³⁵² per capire come l'orizzonte di precomprensione dell'interprete odierno sia navigato da modelli in parte antitetici. D'altronde, è massima comune nel dibattito penalistico come tra codice penale, Carta Costituzionale e istanze sovraordinamentali, si profilano in taluni momenti di conflitto non semplici da risolvere.

Ed allora, aver messo in risalto il ruolo dinamico della precomprensione obbliga da un lato la comunità dei penalisti ad interrogarsi su tali temi ma soprattutto l'interprete ad estrinsecare le sue premesse per confrontarle con i paradigmi costituzionali. Non può che essere questo, in un diritto penale costituzionalmente orientato, il ruolo della precomprensione: scoperta di una categoria trascendentale e sua immediata sistematizzazione all'interno di un sistema gerarchico.

3 Tipo normativo e vettori ermeneutici.

Al concetto di precomprensione si saldano, in una logica interconnessa, gli ulteriori due elementi costitutivi del pensiero ermeneutico: il tipo normativo e il procedimento sostanzialmente analogico di applicazione della fattispecie incriminatrice.

³⁴⁹ In particolare, vedi le critiche di M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, p. 37 ss.

³⁵⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997, p. 1 ss.

³⁵¹ Cfr. A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in W. HASSEMER- E. KEMPZ- S. MOCCIA, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Munchen 2009, p. 111 ss.

³⁵² Sempre critico sulla costituzionalizzazione del principio di offensività è G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il Foro italiano*, 2001, p. 1 ss.

I tratti costitutivi di tale modello sono stati già affrontati³⁵³. È opportuno, ora, invece, analizzare il rapporto tra il tipo normativo e le categorie del diritto penale, per poi in seguito provare a declinare un'opzione di sintesi³⁵⁴.

La filosofia del diritto nomocentrica, e con essa la teoria penalista tradizionale, individua nella fattispecie incriminatrice un concetto astratto, declinato secondo caratteristiche rigide, contrassegnate dalla logica dell'esclusività: si è verificato o non si è verificato, esiste o non esiste³⁵⁵.

In correlazione a tale tipologia di pensiero, è permesso distinguere tra interpretazione estensiva, come figura attraverso la quale si ritiene valida un'operazione ermeneutica giacché rispettosa dei confini letterali della disposizione (e, pertanto, secondo la logica escludente, esiste e si è verificata), ed applicazione analogica, che rompe il *continuum* della fattispecie ed introduce elementi di estraneità rispetto alla norma (e, come tale, non esiste in quanto non consentita)³⁵⁶.

È un sistema perfettamente coerente declinato parallelamente a un principio di stretta giurisdizionalità e di sottoposizione del giudice soltanto alla legge.

La filosofia ermeneutica rompe la logica monista appena descritta e introduce figure assiologiche prima ignorate.

L'intuizione innovativa consiste nel ritenere il meccanismo di regolazione giuridica dei fatti a partire dalla fattispecie come un procedimento complesso in cui interagiscono più fattori: la disposizione normativa, i principi del diritto, la comunità scientifica, il singolo interprete, la realtà da regolare.

Si tratta di un'intuizione fondamentale che arricchisce il pensiero giuridico di una molteplicità di punti di vista e che impone, allo stesso tempo, una riconsiderazione di alcuni postulati generali³⁵⁷.

Lungo questa via maturano due delle principali tesi della filosofia ermeneutica: la fattispecie incriminatrice non può essere considerato un concetto astratto rigidamente definito. Questa prima affermazione implica, in un certo senso, la sostituzione del concetto di fattispecie con quello di tipo normativo, caratterizzato da una logica gradualistica e sfumata.

³⁵³ Vedi il capitolo primo.

³⁵⁴ Per tale motivo si è suddivisa l'analisi tra terzo e quarto capitolo.

³⁵⁵ Cfr. A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1960.

³⁵⁶ Cfr. G. COCCO – E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. 1.1 La legge penale*, Milano 2016, p. 100 ss.

³⁵⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte della interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova 1990, *passim*; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, *passim*.

Rispetto al concetto di tipo è necessario procedere con estrema cautela. In particolare, nella medesima filosofia ermeneutica tale concetto è declinato diversamente secondo modelli differenti. Allo stesso tempo, è possibile riscontrare un abuso di tale terminologia cui non corrisponde, però, una precisione assiologica né tantomeno una ricchezza metodologica.

È evidente, d'altronde, che il concetto di tipo normativo, per il solo fatto di essere caratterizzato da contorni imprecisi e indefiniti, si attaglia perfettamente alla logica e alle esigenze europeiste, come visto improntata alla categoria dell'equità in luogo di quella della legalità in senso continentale. E così si spiega, di conseguenza, l'entusiasmo che esso genera³⁵⁸.

La cautela nel maneggiare il tipo normativo è ancora più alta laddove si tenga conto che nella filosofia ermeneutica il concetto di tipo rappresenta il sostrato assiologico per asseverare il carattere sostanzialmente analogico dell'interpretazione giudiziale e la legittimità di forme di creazione individuale, seppur connessa alla concretezza del caso della vita.

A fondamento della categoria del tipo vi è, inoltre, la distinzione tra concetto classificatore e concetto ordinatore³⁵⁹.

Il concetto classificatore presenta esclusivamente caratteristiche rigide, che si riproducono sempre allo stesso modo e non accolgono distinzioni. Pertanto, riunisce come categorie tutti gli enti in una classe chiusa e omogenea, semplificando, eccessivamente secondo la teoria ermeneutica, la realtà intesa come flussi continui e imprecisi, in grado far mutare costantemente classe ad un singolo ente.

Il concetto ordinatore, invece, include caratteristiche elastiche, graduabili, volte ad esprimere una modellizzazione della classe sulla realtà tramite clausole aperte.

³⁵⁸ Significativa è stata la vicenda inerente l'introduzione nel nostro ordinamento del mandato di arresto europeo. La Decisione quadro del 13 giugno 2002 del Consiglio, all'art. 2, si limitava a prevedere una indicazione di tipo esclusivamente letterale dei reati per i quali era prevista la consegna obbligatoria, senza individuarne i tratti costitutivi, la tipicità. Ciò ha indotto il legislatore italiano, nella legge di recepimento n. 69 del 2005, ad una sostanziale riformulazione dei reati. La vicenda è esemplificativa non solo perché dimostra ancora una volta come in ambito europeo le discrasie si risolvano attraverso una fuga dall'incoerenza, senza affrontare i problemi dei vasi comunicanti, ma anche perché è indicativa della tendenza europea a rifuggire da definizioni stringenti e concetti classificatori. Per un commento alla vicenda v. V. CAIANIELLO – G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.* 2002, p. 462 ss.

³⁵⁹ La distinzione, nel settore penalistico, si deve a G. RADBRUCH, *Klannesbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, pp. 46-54. A fondamento di tale pensiero vi è la nota monografia di G. HEMPEL- O. OPPENHEIM, *Der Typusbegriffe im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936.

Peculiarità della nozione in esame è l'individuazione di alcuni casi pregnanti che sono in grado di orientare l'interprete nella regolazione dei casi limiti e nell'interpretazione dell'elasticità congenita al concetto. In questo senso il concetto ordinatore si pone come concetto tipologico, inteso come “*entità ideale*”³⁶⁰, in grado di identificare casi diversi.

Declinando questa distinzione nell'ambito del sistema penale ci si accorge di come la legislazione penale non adoperi mai il termine tipo ed, anzi, privilegia concetti classificatori: uomo, morte, maggiorenne, e tutti quegli elementi sovente denominati rigidi³⁶¹. La conseguenza funzionale si individua in un'operazione di mera verifica da parte del giudice, senza alcuna possibilità di considerazioni di tipo valutativo.

Concetti di matrice tipologica si rinvencono, invece, in settori come ad esempio quello della commisurazione della pena³⁶² o, di recente, della particolare tenuità del fatto³⁶³, così come nella categoria della colpevolezza.

In modo tipologico, invece, si evolvono certamente ordinamenti caratterizzati da forme di precedente giudiziario. La *ratio decidendi* opera proprio come concetto tipologico che dall'estrinsecazione del caso ricava concetti ordinatori da modellare sul nuovo epifenomeno da regolare.

Anche la disposizione normativa può, in taluni casi, operare alla stregua di concetto classificatorio. Non bisogna, infatti, dimenticare che sussistono diversi modi di strutturare una fattispecie incriminatrice, attraverso ad esempio concetti normativi o sociali, come tali in grado di essere graduati già in sede di tipicità, ovvero attraverso una formulazione aperta della fattispecie.

Ad ogni modo, ciò su cui occorre porre l'accento è come, nel pensiero più maturo della teoria ermeneutica, da Radbruch in poi, concetti classificatori e concetti ordinatori debbano essere compresenti ai fini della tipicità. È questa una base assiologica che ha influenzato tutto il divenire del pensiero ermeneutico.

Particolarmente rilevanti sono state le intuizioni di Karl Engisch³⁶⁴. L'illustre Autore nota come nella dottrina giuridica penalistica le fattispecie incriminatrici non siano

³⁶⁰ G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p. 152.

³⁶¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 121.

³⁶² Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979.

³⁶³ Cfr. A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis*, Torino 2015; G. ROSSI, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 538 ss.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2015, p. 662 ss.

³⁶⁴ K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953.

denotate come concetti bensì come tipi. D'altronde, uno dei principi cardini del diritto penale è il principio di tipicità³⁶⁵.

Mentre, infatti, le categorie generali quali condotta, evento, dolo, e simili sono usualmente qualificate come concetti, le fattispecie di furto, ricettazione, disastro e simili sono individuate come tipi di reato. Il senso di questa distinzione terminologica, secondo l'Autore, è da rinvenire in alcune caratteristiche presenti nelle fattispecie incriminatrici e che consentono di considerarle quali tipi: in particolare, la specificità, l'individualità, l'intuitività e la complessività³⁶⁶.

L'esegesi di tali caratteristiche dischiude, tuttavia, un quesito fondamentale: il rapporto che sussiste tra tipi normativi e fenomeni umani.

La questione del rapporto tra norma e normalità è problematica delicata e complessa. Ai fini del tema dell'interpretazione delle fattispecie incriminatrici, l'illustre Autore ha avuto il merito di non fornire una risposta rigida, bensì di differenziare le tipologie di fattispecie incriminatrici.

In alcuni casi, infatti, il legislatore si limita a fotografare certe configurazioni di vita ripetute nel tempo. Adoperando una terminologia prettamente penalistica, nella maggior parte dei delitti naturali³⁶⁷ è la tipologia fattuale ad esigere una regolamentazione. Il legislatore, in tali casi, in correlazione col bene giuridico protetto, adopera spesso fattispecie a forma aperta ed elementi naturalistici.

In questi casi, l'interpretazione del tipo consente il rinvio a quella tipologia fattuale implicitamente richiamata.

Diversamente, nelle fattispecie sovente definite artificiali, è il testo legislativo a conformare la realtà ed ad inquadrarla tipologicamente. In tali fattispecie non si può prescindere dal contesto normativo, anche se, come nota l'Autore, in un'ottica descrittiva, la prassi giuridica spesso opera in maniera tipizzante.

Vi sono, infine, ipotesi intermedie in cui il legislatore si ispira alla realtà ma delimita il tipo in modo tale consentire un'apertura anche verso l'atipico (un esempio è la fattispecie di truffa, aperta a tutte le incessanti evoluzioni degli artifici e raggiri)³⁶⁸.

A tal punto, tuttavia, Engisch, seguendo il sentiero di Radbruch, chiarisce come la fattispecie penale non possa essere considerato un concetto ordinatore graduabile, ma

³⁶⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Tipicità*, in *Enc. dir.* XLIV, Milano 1992, p. 535 ss.

³⁶⁶ Cfr. G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p.155, fonte di riferimento per la bibliografia e le citazioni contenute.

³⁶⁷ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 80 ss.

³⁶⁸ Cfr. A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Milano 2016, p. 381 ss.

debba considerarsi un concetto classificatore impreciso. Ogni fattispecie tenta di delimitare la realtà, circoscrivendola, lasciando tuttavia spesso un margine di aleatorietà per quei casi limiti che si pongono ai limiti della fattispecie. Rappresenta questo un punto di contatto tra la filosofia analitica e la teoria ermeneutica, come risulta evidente dall'insegnamento di Hart in relazione ai casi ombra.

Secondo Engisch, tuttavia, nonostante questa possibilità, il senso ultimo delle fattispecie penali è consentire di affermare se un caso della vita rientri o meno in una fattispecie incriminatrice, motivo per il quale non è possibile declinare le disposizioni alla stregua di concetti ordinatori.

L'evoluzione del dibattito a proposito del tipo normativo si è assestata sul dialogo tra la tesi ontologica e la tesi linguistica³⁶⁹.

Secondo la prima, in parte già esaminata³⁷⁰, il tipo è una figura di origine ontologica, che il legislatore rinviene e non può far altro che recepire. È il tipo ontologico, la natura delle cose a porsi quale reale limite dell'interpretazione giudiziale.

Più elaborata la seconda posizione³⁷¹. Secondo la dottrina in esame, il tipo costituisce un medio tra realtà e norma, che non può vivere tuttavia al di fuori del procedimento ermeneutico. *“Il rapporto tra strumento ermeneutico e realtà è polare. Se il tipo si costituisce e si dispiega sulla realtà, mentre la realtà fa lo stesso sul tipo, ciò significa che anche la realtà costituisce il tipo, perché questo si riferisce a quella e viene compreso in funzione e per mezzo di essa. Per quanto riguarda l'interpretazione penalistica, ciò si mostra nel fatto che la dimensione ermeneutica delle fattispecie e dei loro elementi muta ad ogni interpretazione e applicazione. Ogni decisione significa- appunto- una comprensione nuova e il tal modo diversa dalla fattispecie applicata”*³⁷².

È il linguaggio la struttura che mette in relazione norme e vita, fattispecie astratta e fatto concreto. È attraverso il linguaggio che il legislatore tenta di stabilire le porzioni della vita che interessa al diritto. Tuttavia il linguaggio non è l'unica dimensione che intercetta la fattispecie.

Il termine, che costituisce l'unità minima della linguisticità della fattispecie, è legato funzionalmente ad altre dimensioni, in una spirale di reciproca codeterminazione di senso. Vengono in rilievo, nello specifico ambito delle fattispecie penalistiche,

³⁶⁹ Cfr. G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p 157.

³⁷⁰ Ci si riferisce alla nota tesi di Kaufmann, oggetto di analisi nel primo capitolo, a cui si rinvia.

³⁷¹ La tesi in esame è stata espressa da W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 178 ss.

³⁷² W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p.182.

l'intenzione del legislatore storico, il significato lessicale, il contesto contenutistico ed infine il divenire delle interpretazioni/applicazioni ricevute.

Una tale qualità relazionale della fattispecie implica quale conseguenza un procedimento applicativo fondato non su categorie classificatorie bensì su successioni bipolari: è la logica del “più o meno” a caratterizzare l'interpretazione penalistica³⁷³.

Fatto e fattispecie si condeterminano a vicenda in un procedimento a spirale che non cade in una petizione di principio perché entrambe le figure sono in parte indeterminate e si formano attraverso il reciproco riferimento.

In questo procedimento a spirale, è il tipo lo strumento di correlazione tra fatto e fattispecie. Differentemente dalla precedente posizione, il tipo non costituisce un connotato ontologico che vincola legislatore e giudice, bensì una struttura linguistica individuata attraverso la fattispecie che individua una porzione di realtà mutevole, che a sua volta, nel concreto procedimento interpretativo, incrementa il tipo di una nuova ipotesi.

Ogni singolo atto di decisione è, allo stesso tempo, un arricchimento contenutistico del tipo. E questo accade non soltanto quando si adoperano elementi normativi o astratti ma anche quando si utilizzano concetti naturalistici, in quanto anch'esso necessitano di un rinvio all'esterno del sistema penale.

È logica conseguenza di tale impostazione una rivalutazione genetica del divieto di analogia. La logica del più o meno o, in chiave filosofica, la codeterminazione di senso nel procedere della spirale ermeneutica non può rinvenire un limite preciso né sulla base di un tipo ontico preesistente, perché come visto la realtà è mediata dal linguaggio; né, tuttavia, da un preciso significato letterale, in quanto ogni atto di decisione arricchisce contenutisticamente il tipo.

Alla luce di quanto espresso, la teoria ermeneutica attribuisce al divieto di analogia un significato più politico che prescrittivo. Se l'atto interpretativo ha sostanzialmente natura analogica, è nel procedere dell'interpretazione che il divieto di analogia svolge una funzione limitativa; ma *ex post*, il principio in esame non individua nessun criterio affidabile per distinguere tra interpretazione consentita ed analogia vietata. È nello specifico dell'argomentazione che l'interprete giudice espone il suo itinerario teorico, dovendo egli dimostrare di non essersi allontanato troppo dai criteri di correttezza quali il significato letterale, l'intenzione storica, la dogmatica, le precedenti interpretazioni.

³⁷³ Cfr. G. CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, Napoli 2012, p. 142 ss.

È questa una posizione che ha avuto il merito di esprimere un disincanto da differenziazioni formali mai dimostrate ma che, tuttavia, come si cercherà di dimostrare, si spinge oltre, trascurando taluni dati costituzionali.

4 Influenza ermeneutiche nella giurisprudenza italiana.

Nella giurisprudenza italiana è raro trovare osservazioni dirette e di sistema sull'atto interpretativo. È, naturalmente, una conseguenza delle modalità di lavoro dell'ordine giudiziario, che non è chiamato a svolgere riflessioni culturali bensì ad occuparsi di casi specifici. Anzi, è da valutare in maniera positiva l'atteggiamento professionale della giurisprudenza, restia tendenzialmente ad asseverare tendenze dottrinali.

Ciononostante, è ormai riconosciuto il formarsi di un diritto giurisprudenziale³⁷⁴, espressione problematica attraverso la quale vuole rappresentarsi il complesso delle elaborazioni giudiziali sui confini applicativi degli istituti di parte generale e delle fattispecie incriminatrici. Gli indirizzi interpretativi costanti, soprattutto se avallati o formati dagli organi preposti istituzionalmente ad un'opera di nomofilachia, costituiscono un formante autorevole, ma non ancora autoritario, in grado di conformare il dibattito giuridico³⁷⁵.

Il fenomeno può essere indagato da una duplice prospettiva.

In particolare, parte della dottrina, sensibile al principio della separazione dei poteri e fedele agli insegnamenti di stampo illuministico, seppur adattati a un diverso sistema costituzionale, valuta il fenomeno in una prospettiva patologica, tramite la categoria della supplenza giudiziaria, tramutatasi ormai in un diritto giurisprudenziale penale dell'emergenza³⁷⁶.

Diversamente, la filosofia ermeneutica si pone al di fuori di tale tendenza e cerca di esaminare il fenomeno nella sua fisiologia, ancor prima di deviazioni emergenziali.

³⁷⁴ Cfr. A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1994, Agg. 2016, p. 407 ss.

³⁷⁵ Mirabile il lavoro di M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.* 3/2016, p. 13 ss.

³⁷⁶ Ci si riferisce al lavoro di A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza*, cit., passim che sviluppa alcune delle grandi intuizioni di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997.

In questa seconda prospettiva, assumono un valore significativo alcune pronunce della Corte di Cassazione in cui, seppur attraverso terminologie diverse, si adoperano concetti di matrice ermeneutica.

Fondamentali sono, ad esempio, alcune delle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 18288 del 2010³⁷⁷.

La tematica affrontata dalla Corte concerne la possibilità di riproporre la richiesta di applicazione dell'indulto, in precedenza rigettata, a seguito di mutamento giurisprudenziale.

Nell'aderire all'orientamento positivo, la Corte esprime alcune valutazioni di ampio respiro sul principio di legalità, individuando la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo quale sostrato assiologico.

Si legge, ad esempio, come *“il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, una relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dell'attività concretizzatrice della giurisprudenza”*³⁷⁸.

Ed ancora: *“ il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”*³⁷⁹

³⁷⁷ Pubblicata su Cass. pen. 2011, con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, p. 26 ss.

³⁷⁸ Sez. un n. 18288 del 2010, § 7.

³⁷⁹ Sez. un n. 18288 del 2010, § 7.

È evidente come il periodare della Corte di Cassazione, oltre ad essere influenzato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sia intriso implicitamente di filosofia ermeneutica.

È condivisa, infatti, la principale intuizione della teoria in esame, ossia il carattere plurale della regolazione giuridica, non relegata alla mera filologia del dato scritto ma aperta alla codeterminazione di senso attraverso l'interazione tra diversi formanti. Allo stesso tempo sono presenti alcuni dei riferimenti culturali da cui sembra muovere la costruzione di un nuovo paradigma culturale: la distinzione tra norma e disposizione, il carattere creativo dell'atto di applicazione e l'interpretazione quale categoria dominante del diritto³⁸⁰.

L'intero ragionamento viene poi condensato attraverso la formula del diritto vivente, espressione di sintesi già adoperata dalla Corte Costituzionale per individuare l'oggetto dello scrutinio di costituzionalità, che posiziona il formante giudiziario al medesimo livello del potere legislativo, seppur limitato dal caso oggetti di cognizione. Emerge una sorta di differenziazione soltanto quantitativa tra una normazione in astratto ed una normazione in concreto.

Il richiamo finale del paragrafo citato ripropone, invece, la problematicità dell'individuazione di un carattere creativo del procedimento ermeneutico, da temperare con il dato positivo. Anche in questo punto, sembra condividersi l'insegnamento di una delle correnti ermeneutiche prima citate, secondo il quale il divieto di analogia si sostanzia in una sorta di limite etico, di richiamo politico al giudice ma non in un preciso limite metodologico³⁸¹.

Si tratta di una delle esposizioni più limpide in materia, favorita anche da una tematica complessa e con dati normativi contrastanti, in cui apertamente la Corte di Cassazione aderisce ad una visione dinamica della legalità che propende verso l'interpretazione. Non è un caso, d'altronde, che la forza argomentativa della sentenza sia fondata sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, richiamata in più di un'occasione, in particolare nei suoi principi di accessibilità e prevedibilità³⁸². È un'ulteriore conferma di come la fibrillazione del paradigma penale di matrice

³⁸⁰ Cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione in diritto penale*, cit., p. 170 ss.

³⁸¹ Cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., passim.

³⁸² Cfr. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e deontologia in diritto penale*, in *Cass. pen. 2005*, p. 277 ss.

illuminista sia stata messa in moto in primo luogo dall'incontro con gli ordinamenti sovranazionali³⁸³.

Altrettanto significativa, seppur in altro ambito dell'ordinamento penale, è la convulsa vicenda giurisprudenziale in merito alla punibilità del falso valutativo in seguito alla riforma del 2015³⁸⁴, culminato nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2016³⁸⁵.

La particolarità della vicenda in esame attiene più che altro agli orientamenti che hanno condotto le Sezioni Unite a pronunciarsi, i quali, oltre ad essere fondati su argomenti di ordine tecnico relativi al diritto penale societario, hanno espresso due visioni diverse in merito alla nozione di interpretazione che caratterizza il diritto penale.

Secondo il primo orientamento³⁸⁶, in assenza di soglie di rilevanza in grado di tipizzare le condotte penalmente rilevanti³⁸⁷, l'interpretazione restrittiva è l'unica compatibile con il principio di tipicità.

Continuare a punire il falso valutativo, si legge in sentenza, in assenza di un esplicito

³⁸³ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano 2011, *passim*.

³⁸⁴ Cfr. G. LUNGHI- L. MUSSO, *Falso in bilancio e altri reati a tutela del risparmio: le novità penali ed amministrative*, in *Diritto e pratica delle società*, n. 3/2016, 56 ss.; F. MUCCIARELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015; M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 marzo 2016.

³⁸⁵ Cass. pen., sez. un., 27 maggio 2016, n. 22474, pubblicata in *Dir. pen. e proc.* 1/2017, con nota di M. SCOLETTA, *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, p. 35 ss.

³⁸⁶ Raffigurato da Cass., sez. V, 16 giugno 2015 (dep. 30 luglio 2015), n.33774, in <http://www.giustizia.it>.

³⁸⁷ La legge n. 69 del 2015 ha, infatti, mutato l'oggettività giuridica protetta dall'art. 2621 c.c.. Attraverso l'eliminazione delle soglie di rilevanza ed il regime di procedibilità d'ufficio, le nuove fattispecie tutelano oggi il bene dell'informazione e della trasparenza societaria, bene strumentale e funzionale alla tutela di numerosi beni finali, tra cui anche il patrimonio dei soci e dei creditori. Il legislatore è intervenuto in maniera incisiva sia rispetto alla fattispecie oggettiva che rispetto alla fattispecie soggettiva del delitto. Immutati i soggetti attivi e l'oggetto materiale della condotta, le novità riguardano proprio la condotta descritta dalla norma.

Oggetto di numerose modifiche normative nel corso del tempo (si è infatti passati dalla esposizione di fatti falsi previsti nel codice del commercio del 1882, ai fatti non rispondenti al vero del codice civile del 1942, fino ai fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetti di valutazione nella riforma del 2002), la norma oggi prevede quale condotta del reato l'esposizione di "fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero" ovvero l'omissione di "fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge" (in relazione alle omissioni, la precedente norma puniva l'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge).

I fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero devono avere ad oggetto la situazione economico, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo a cui la società appartiene e devono essere esposti o omessi in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore.

Soppressi e non riprodotti sono i commi terzo e quarto della precedente formulazione normativa, i quali prevedevano appunto soglie di punibilità percentuali, in relazione alla falsità dello stato patrimoniale e del conto economico ed alle valutazioni estimative.

riferimento alle valutazioni estimative, *“finisce, con un’interpretazione estensiva della nozione di fatti materiali, per lasciare all’interprete la discrezionalità (e quindi l’arbitrio) di precisarne la rilevanza, in evidente violazione del principio di tipicità del precetto penale”*.

A conclusioni diverse giunge la sentenza n. 890 del 2016³⁸⁸.

Paradossalmente, la Corte impiega quasi i medesimi criteri ermeneutici della tesi in precedenza esposta per argomentare una conclusione opposta, ossia la continuità normativa tra la nuova e la precedente formulazione dell’art. 2621 c.c.

Si legge, infatti, nelle prime pagine della sentenza che *“l’interpretazione deve, primariamente, confrontarsi con il dato attuale nella sua pregnante significazione, e con la voluntas legis quale obiettivizzata e storicizzata nel testo vigente, da ricostruire anche sul piano sistematico – nel contesto normativo di riferimento – senza che possano assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno”*.

La volontà del legislatore altro non è, quindi, che la *“volontà consacrata nel dettato normativo”*³⁸⁹.

Le Sezioni Unite aderiscono a questo secondo orientamento, non soltanto per quanto riguarda la soluzione nel merito, la continuità della punibilità del falso valutativo, ma anche in relazione al sostrato assiologico afferente all’interpretazione.

In particolare, si sostiene come *“eccessiva appare l’enfatizzazione di tale strumento ermeneutico, atteso che l’interpretazione letterale altro non è che un (indispensabile) “passaggio” funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo. E invero, è certamente corretto l’assunto per il quale, in base all’art. 12 delle “preleggi”, «nell’applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»; tuttavia non può certo negarsi che proprio l’intenzione del legislatore deve essere “estratta” dall’involucro verbale (“le parole”), attraverso il quale essa è resa nota ai destinatari e all’interprete. [...] Nessuna norma può essere presa in considerazione isolatamente, ma va valutata come componente di un “insieme”, tendenzialmente unitario e le cui “parti” siano reciprocamente coerenti.*

³⁸⁸ Cass., sez V, 12 novembre 2015 (dep. 12 gennaio 2016), in <http://www.giustizia.it>.

³⁸⁹ La Corte sostiene sia questa l’interpretazione corretta dell’art. 12 preleggi, in aperto contrasto con la precedente sentenza n. 33774 del 2015 esaminata, dove il riferimento all’intenzione del legislatore è inteso in senso soggettivo e storicistico. Per una rivisitazione critica dell’art. 12, nel senso della sua incapacità a orientare compiutamente il giudice, v. G. TARELLO, *Frammenti di una teoria dell’interpretazione*, in AA. VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. GUASTINI, Bologna, 1980, 282 ss.

Se dunque, per una corretta interpretazione delle norme, non è sufficiente verba eorum tenere, sed vim ac potestatem, allora appare necessario, concentrandosi sul caso in scrutinio, soffermarsi, principalmente, a riflettere, da un lato, sul complessivo impianto dell'assetto societario come tracciato nel codice civile (e in parte ridisegnato dalla legge 69/2015), in una visione logico sistematica della materia, dall'altro, sulle conseguenze derivanti dall'una o dall'altra interpretazione, non essendo dubbio che la valutazione di tali conseguenze costituisce una sorta di controprova della (correttezza della) necessaria interpretazione teleologica»³⁹⁰.

Le Sezioni Unite, pertanto, accolgono il secondo degli orientamenti formatosi. In tal modo, però, essi si pronunciano non soltanto sul falso valutativo ma anche sul metodo dell'interpretazione.

Nei due orientamenti citati, infatti, si riflettono due visioni differenti della metodologia penalistica³⁹¹. La prima, coerente con il dato normativo, appare maggiormente legata ad assiomi deduttivi ed al canone del *favor rei*, il quale tuttavia può spingere l'interprete a soluzioni che annichiliscono la funzionalità della fattispecie.

La seconda, invece, arricchisce il percorso ermeneutico di nuovi criteri, espungendo l'intenzione storica del legislatore, ritenuta un residuo di una visione imperativa del diritto ormai superata.

Nel caso specifico, d'altronde, non può ignorarsi come, lo stesso relatore del disegno di legge da cui è sorta la riforma del 2015, in un intervento al Senato in merito proprio al falso valutativo, abbia delegato la giurisprudenza a risolvere la problematica, deresponsabilizzando la legge sull'individuazione della condotta punibile³⁹².

Le Sezioni Unite, di conseguenza, adottano un'ottica integrata, in cui il dato testuale è soltanto il punto iniziale del percorso ermeneutico, al cui interno sono chiamati ad interagire il criterio sistematico, il criterio teleologico, l'aspetto funzionale.

Seppur meno netta rispetto alla precedente sentenza citata, vi è una linea di continuità in cui sostanzialmente si recepisce il carattere aperto dell'interpretazione, non più confinata alla filologia del testo scritto, bensì aperta ad una integrazione costante da parte di fattori interni ed esterni.

³⁹⁰ Cass. pen., sez. un, 27 maggio 2016, n. 22474, § 8.

³⁹¹ Cfr. D. PULITANO, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 204 ss.

³⁹² L'episodio è riportato da F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni mendaci al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2211.

La svalutazione del dato testuale, seppur individuato come dato di partenza dell'impresa interpretativa, connessa ad una rivalutazione del fenomeno giurisprudenziale sono valutazioni sintomatiche di un diverso approccio ermeneutico, influenzato dai capisaldi della filosofia ermeneutica, oltre che dai formanti europei.

Sulla complessiva vicenda pesa, nondimeno, una tecnica legislativa incosciente, sconnessa rispetto al contesto criminologico in cui è inserita la fattispecie. Un legislatore accorto avrebbe dovuto essere cosciente dei problemi giuridici che circondano un reato e tentare di risolverli, senza delegare al formante giurisprudenziale i nodi più taglienti di una riforma. In assenza, invece, di un intervento compiuto, si aprono le porte della discrezionalità, legittimata da un testo ambiguo: non è un caso che i due orientamenti precedenti la pronuncia delle Sezioni Unite abbiano adoperato i medesimi criteri ermeneutici, giungendo ad esiti opposti, in modo tale che la decisione dell'organi di nomofilachia abbia assunto un carattere normativo. Ciò prova nuovamente come una corretta prassi ermeneutica possa essere identificata solo alla condizione che il legislatore abbia adempiuto i propri doveri costituzionali.

Su altro versante, invece, appare proficuo cercare di individuare nella giurisprudenza italiana che utilizzo si sia fatto della nozione di tipo criminoso.

Esemplare è la sentenza 327 del 2008 con cui la Corte Costituzionale ha ritenuto conforme al principio di determinatezza l'art. 434 c.p. nella parte in cui si riferisce genericamente ad ogni altro disastro³⁹³.

Secondo la Corte, *“la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. In particolare, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione*

³⁹³ Corte Cost., sent. del 01-08-2008 n. 327, pubblicata in *Giur. Cost.*, con nota di F. GIUNTA, *I contorni del disastro innominato e l'ombra del disastro ambientale alla luce del principio di determinatezza*, p. 3539 ss.

consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» In tal modo, risultano soddisfatti i due obiettivi fondamentali sottesi al principio di determinatezza: obiettivi consistenti - come lo stesso rimettente ricorda - per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico - penali della propria condotta.

Nell'ipotesi oggetto dell'odierno scrutinio, è ben vero che il concetto di «disastro» - su cui gravita, nella cornice di una fattispecie a forma libera o causalmente orientata, la descrizione del fatto represso dall'art. 434 cod. pen. - si presenta, di per sé, scarsamente definito: traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati.

Contrariamente a quanto assume il rimettente, tuttavia, a precisare la valenza del vocabolo - riconducendo la previsione punitiva nei limiti di compatibilità con il precetto costituzionale evocato - concorrono la finalità dell'incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità.

L'art. 434 cod. pen. nella parte in cui punisce il disastro innominato, assolve difatti - pacificamente - ad una funzione di "chiusura" del predetto sistema. La norma mira «a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme [...] concernenti la tutela della pubblica incolumità»; e ciò anche e soprattutto in correlazione all'incessante progresso tecnologico, che fa continuamente affiorare nuove fonti di rischio e, con esse, ulteriori e non preventivabili modalità di aggressione del bene protetto (in questo senso, la relazione del Ministro guardasigilli al progetto definitivo del codice penale).

D'altra parte, alla stregua di un criterio interpretativo la cui validità appare di immediata evidenza, allorché il legislatore - nel descrivere una certa fattispecie criminosa - fa seguire alla elencazione di una serie di casi specifici una formula di chiusura, recante un concetto di genere qualificato dall'aggettivo «altro» (nella specie: «altro disastro»), deve presumersi che il senso di detto concetto - spesso in sé alquanto indeterminato - sia destinato a ricevere luce dalle species preliminarmente enumerate,

le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del *genus*.

Entrambi i criteri ora indicati convergono, dunque, nel senso che l'«altro disastro», cui fa riferimento l'art. 434 cod. pen., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai «disastri» contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai «delitti di comune pericolo mediante violenza»: conclusione, questa, confortata anch'essa dai lavori preparatori del codice³⁹⁴.

Dalla lettura della motivazione emerge una visione olistica del principio di determinatezza, in cui il ruolo del giudice comprende la ricostruzione del significato delle fattispecie incriminatrici attraverso un'analisi sistematica del codice penale, delle incriminazioni connesse, del bene giuridico protetto. Tale operazione viene valutata dalla Corte come non esorbitante dall'ordinario compito affidato al giudice, purchè, a seguito della descrizione operata dal giudice, sia possibile esperire un giudizio di corrispondenza tra la fattispecie concreta e la norma in grado di garantire anche l'autodeterminazione del reo.

In questo modo, tuttavia, la Corte manifesta un'autorizzazione implicita alla creazione di tipi giudiziali, alla stregua di un'atipicità dell'illecito penale estranea alla nostra tradizione giuridica³⁹⁵.

Chiari sono ovviamente i riferimenti culturali alla teoria del tipo di estrazione ermeneutica, quale principio animistico della fattispecie penale che consente l'estensione (analogica) della disposizione ai casi dubbi, al di fuori del contesto letterale. Tuttavia, così operando, la Corte semplicemente spiega alla giurisprudenza penale come fare analogia, tra l'altro in *malam partem*, a partire da un concetto indeterminato, attraverso la mediazione di un reticolo normativo.

Medesima ispirazione si rinviene nella nota vicenda concernente la prostituzione *on line*³⁹⁶.

La questione controversa attiene alla possibilità di sussumere all'interno della nozione di prostituzione espressa dalla legge n. 75 del 1958 l'esplicazione di atti erotici espressi attraverso il mezzo telematico in assenza di contatto corporeo.

³⁹⁴ Corte Cost n. 327 del 2008, § 4.

³⁹⁵ Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 30.

³⁹⁶ Cfr. R. DE PONTI, *La prostituzione on line: un concetto controverso*, in *Dir. Internet* 2006, p. 5 ss.

La legge in questione non offre alcuna definizione né tantomeno indici presuntivi per identificare la nozione di prostituzione. È completamente rimesso all'interprete il compito di individuare l'essenza della nozione di prostituzione, essendo invece sufficientemente determinate le condotte connesse (sfruttamento, mercimonio, favoreggiamento, etc.).

L'omissione di una definizione normativa, frutto forse di una tecnica carente piuttosto che di una precisa scelta politico criminale³⁹⁷, ha condotto la Corte di Cassazione a confrontarsi con lo sviluppo della fenomenologia criminale.

Una delle pronunce più rilevanti sul punto è la sentenza n. 346 del 2006³⁹⁸, in cui la Corte accoglie l'orientamento estensivo della nozione di prostituzione.

Particolarmente significativo è il punto in cui la Corte ritiene che la nozione di prostituzione, anche se non definita, corrisponde *“ad un tipo normativo, che è stato delineato dalla giurisprudenza di questa Corte e non può essere, perciò, individuata in base a criteri di valutazione sociale o culturale”*. Così ragionando, ed in conformità con *“lo spirito della legge n. 75 del 1958”* è atto di prostituzione ogni atto che implica l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo, pur in assenza di contatto corporeo³⁹⁹.

Il ragionamento della Corte rappresenta uno dei pochi casi in cui viene adoperato esplicitamente il concetto di tipo, seppur ermeneuticamente in maniera scorretta.

La Corte, infatti, nel giustificare l'estensione della nozione di prostituzione a fattispecie nuove prima rifiuta il riferimento al comune sentire o a valutazioni culturali, ma subito dopo richiama, sorprendentemente, lo spirito della legge Merlin.

Decodificando il ragionamento della Corte, vi è un rifiuto ad una nozione di tipo in chiave ontologica, che rinvia alla fenomenologia della realtà che vincola legislatore e giudici⁴⁰⁰. Allo stesso tempo, però, la Corte non può neanche adoperare una nozione di tipo alla stregua di un dato linguistico normativo, essendo totalmente assente qualsiasi forma di indice testuale. Ed infatti, nella motivazione della sentenza, non vi è, perché non vi potrebbe essere, alcun riferimento alla realtà legislativa, bensì un semplice e

³⁹⁷ Cfr. G. LA CUTE, *Prostituzione*, in *Enc. dir.* XXXVII, Milano 1988, p. 452.

³⁹⁸ Cass. pen. n. 346 del 2006, in <http://www.giustizia.it>.

³⁹⁹ Attraverso tale parametro la nozione di prostituzione è stata successivamente estesa ad atti sessuali in videoconferenza, a forme di *lap dance*, ad atti di autoerotismo. Per una disamina completa della giurisprudenza v. L. BONTEMPI, *Legge 20 febbraio 1958 n. 75*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano 2015, p. 1990 ss.

⁴⁰⁰ In altri termini, la Corte esplicitamente rigetta la tesi di Kaufmann, di cui sopra, al paragrafo precedente.

vago richiamo alla giurisprudenza dominante. In seguito, poi, in un'evidente petizione di principio, avvalora la propria tesi in via argomentativa attraverso il richiamo allo spirito della legge, che desume però dal comune sentire⁴⁰¹.

Il caso in esame è particolarmente esemplificato dei rischi inerenti l'utilizzo di nozioni ermeneutiche in assenza di un chiaro quadro della concatenazioni interpretative. La Corte avrebbe, infatti, potuto richiamare un concetto di tipo in chiave ontologico, avendo però il dovere poi di dimostrare non solo la fisiologia di tale tipo, ma anche l'appartenenza della modalità *on line* alla nozione ontologica di prostituzione. Diversamente, si sarebbe potuto immaginare una nozione di tipo alla stregua degli insegnamenti di Hassemer, attraverso quindi la mediazione tra norma e normalità, ma a quel punto l'esiguità del dato normativo avrebbe determinato il fallimento dell'operazione ermeneutica.

Consapevole forse delle difficoltà, la Corte ha preferito richiamare un tipo di matrice giudiziale, come nel caso del disastro innominato (in cui, tuttavia, la Corte Costituzionale ha tentato di richiamare un reticolo normativo in chiave sistematica), che sembra nettamente influenzato da un orizzonte di precomprensione volto alla tutela del soggetto che compie la prestazione *on line*⁴⁰².

Il tipo di approccio segnalato sembra essere reiterato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 12228 del 2014⁴⁰³, tramite la quale è stata data definizione ai rapporti tra la fattispecie di concussione e quella di induzione indebita, come formulata dalla riforma del 2012.

Ciò che più attrae l'interesse non è tanto il criterio di demarcazione delle due fattispecie bensì l'operazione ermeneutica che la Corte compie nella parte finale della motivazione della sentenza, in cui si spinge oltre i confini del caso concreto ed individua alcuni casi difficili e prospetta l'eventuale soluzione.

Conscia delle difficoltà esegetiche connesse al criterio di demarcazione, la Corte offre un panorama variegato di casi ambigui in cui il principio generale non riesce ad operare con certezza ed individua la regola finale. In altri termini, la Corte estrapola dalla

⁴⁰¹ Cfr. F. GIUNTA- G. CARCATERRA- O. DI GIOVINE- N. MAZZACUVA- V. VELLUZZI, *Tra analogia ed interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia* 2010, p. 347 ss.

⁴⁰² Medesima preoccupazione mostra F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano 2006, p. 515 ss.

⁴⁰³ Cass. pen., sez. un., 14.03.2014 n. 12228, pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di G. L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospezzazione di un vantaggio indebito*, 17 marzo 2014.

casistica giurisprudenziale⁴⁰⁴ taluni casi controversi, estranei dalla sua cognizione nel caso individuale, ed offre soluzioni variegate a fronte della difficoltà di adoperare il criterio individuato in via principale.

È questa un'operazione ermeneuticamente problematica, in quanto la dinamica di dispiegamento tra fatto e diritto tipica del procedimento a spirale richiede che il caso concreto sia oggetto di cognizione del giudice interprete e non semplicemente estrapolato dalla casistica. Si tratta di una sentenza dalla vocazione normativa, che sovrainterpreta il ruolo di codeterminatore di senso del formante giurisprudenziale fino al conferimento di un ruolo istituzionale di scrittura indiretta di regole normative.

L'itinerario giurisprudenziale affrontato⁴⁰⁵ dimostra come stiano lentamente penetrando nella coscienza collettiva della comunità interpretativa categorie e pratiche ermeneutiche, sospinte anche dall'influenza del formante europeo, maggiormente aperto a logiche dinamiche e plurali. Allo stesso tempo, tuttavia, questa contaminazione ermeneutica richiede, oltre che a una maggiore coscienza delle responsabilità ermeneutiche e della funzionalità delle categorie, il tentativo di coniugare nuovi paradigmi con i principi costituzionali, cercando di declinare ermeneutica e legalità allo stesso modo e non in una logica conflittuale.

5 Testo e controlli nel diritto penale. L'inevitabilità della formalizzazione.

L'ultimo aspetto del modello ermeneutico su cui si ritiene doveroso indagare ai fini dell'interazione col principio di legalità penalistico è il tema dei limiti dell'interpretazione⁴⁰⁶.

Capitolo della filosofia ermeneutica dalla notevole difficoltà specifica, eppure essenziale ai fini della proposizione di un modello serio che non cada nella deriva

⁴⁰⁴ Cfr. V. MONGILLO, *L'incerta frontiera. Il discrimen tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.*, 3/2013, p. 133 ss.

⁴⁰⁵ Molte altre sarebbero ancora le estrinsecazioni giurisprudenziali di tendenze ermeneutiche problematiche, come ad esempio la nota e complessa vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa, l'interpretazione della locuzione atti sessuali ai fini della violenza sessuale, la comprensione del metodo mafioso dinanzi a gemmazioni locali di associazioni criminali o a fenomeni criminali di nuova generazione, fino ad arrivare all'estensione tipologica della nozione di violenza privata fino ad inglobare la violenza impropria. Sono tutti, a ben vedere, esempi di estensione tipologica di una fattispecie incriminatrice, in cui si riflette una coscienza ermeneutica forse ancora in divenire. Soltanto per alcuni di questi esempi cfr. l'opinione di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari - Roma 2017, p. 135 ss.

⁴⁰⁶ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 82 ss.

decostruttivista⁴⁰⁷, l'individuazione dei limiti all'attività interpretativa varia secondo il punto di vista prescelto.

Dalla prospettiva filosofica la nozione di limite riguarda la stessa definizione dell'interpretazione intesa come pratica sociale, che a sua volta deriva dalla finitezza dell'essere umano e dalla sua storicità⁴⁰⁸.

Dal punto di vista del giurista positivo, seppur attento ai sostrati assiologici connessi alle tematiche trattate, il problema dei limiti all'interpretazione attiene all'individuazione di possibili vincoli ed alla loro portata. Allo stesso tempo è necessario configurare tecniche di controllo di un'interpretazione giuridica, ulteriori rispetto ai mezzi di gravame processualmente previsti, e di carattere materiale.

Un esempio può essere individuato in quel controllo di giustizia proposto da parte della filosofia ermeneutica⁴⁰⁹.

Presupposto di partenza è il carattere pratico dell'interpretazione, che rinvia agli insegnamenti dell'Etica Nicomachea aristotelica, in cui si elabora la tesi secondo la quale l'interprete debba prescindere dall'esattezza rigorosa della legge a favore di una soluzione che ricerchi la giustizia dell'agire. Seguendo tale impostazione, tale controllo si sostanzia nella *“verifica della razionalità materiale delle decisioni adottate e degli argomenti scelti a loro sostegno alla luce della loro forza persuasiva e del consenso di cui godono nel contesto sociale e culturale. L'argomentazione topica svolge un ruolo rilevante in funzione antagonista rispetto alla pretesa di assolutezza della logica interna al sistema, che finirebbe per isolare le norme giuridiche in un ambiente asfittico”*⁴¹⁰.

L'argomentazione topica consente, pertanto, di applicare una razionalità materiale declinata secondo la categoria dell'accettabilità da una comunità giuridica assiologicamente orientata. Emerge nella sua problematicità la categoria della ragionevolezza, la quale si pone in apparente antitesi con la logicità sistematica del pensiero tradizionale⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001.

⁴⁰⁸ Cfr. H.G. GADAMER, *Ermeneutica, fede e verità*, in *La Sfida della Ragione*, a cura di D. RONDONI e A. SANTORI, Rimini 1996, p. 39 ss.

⁴⁰⁹ L'ideazione del controllo di giustizia è di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it S. PATTI – G. ZACCARIA, Napoli 1983.

⁴¹⁰ G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p. 224.

⁴¹¹ V. la magistrale lezione di T. TIEHWEG, *Giurisprudenza e topica*, trad. it a cura di G. GRIFO', Milano 1962.

È questa una prospettiva, per quanto affascinante, difficilmente declinabile nella dinamica del diritto penale. La necessità di una precostituzione della regola giuridica, che possa dimostrarsi accettabile *ex ante* e non al termine dell'argomentazione del giudice, impone la ricerca di limiti diversi, capaci di garantire una declinazione congiunta delle *rationes* del principio di legalità, in particolare della separazione dei poteri e della libertà di autodeterminazione del singolo.

Così ragionando il discorso non può principiare dal valore giuridico e filosofico del testo. L'indagine sarà svolta prima dalla prospettiva filosofica e poi, alla luce delle indicazioni raccolte, dalla specifica declinazione penalistica.

Una corrente del pensiero ermeneutico, infatti, allontanando le derive scettiche, si rapporta al testo giuridico in maniera peculiare⁴¹². È opportuno evidenziare la distanza che sussiste tra testo giuridico e intenzione del legislatore.

Il testo giuridico costituisce il prodotto dell'intuizione del legislatore, che nessun ruolo può svolgere nel procedimento ermeneutico, al di fuori di una connotazione meramente storica.

Riguardo all'intenzionalismo è possibile discutere nella misura in cui si identifichi all'insieme delle tradizioni interpretative, delle convenzioni tacite ma costanti che caratterizzano una comunità⁴¹³.

Non sono ignote, pertanto, alla filosofia ermeneutica istanze di certezza, prevedibilità e razionalità, d'altronde intrinseche a una pratica sociale che voglia porsi come modello di riferimento⁴¹⁴.

Il testo, di conseguenza, delimita il campo d'opera dell'interprete, ed è “*condizione dell'autonomia e della libertà dell'interprete*”⁴¹⁵.

La filosofia ermeneutica, pur caratterizzandosi per il primato del senso rispetto al testo, attribuisce a quest'ultimo una funzione di orientamento nella scelta del metodo interpretativo. Al variare, ovviamente, della tecnica legislativa, muta il punto di vista dell'interprete e il canone ermeneutico da preferire. Accanto a questa funzione ideologica, al testo è attribuita anche una funzione costitutiva.

⁴¹² Per tutti G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 94 ss.

⁴¹³ Preziosi gli insegnamenti di R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Milano 1989, p. 301 ss.

⁴¹⁴ Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990, p. 18.

⁴¹⁵ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 96.

Attraverso la dinamica, infatti, con il contesto e con la comunità interpretativa, il testo consente il dischiudersi di nuove frontiere interpretative, con l'emersione di principi impliciti nel sistema eppure ancora inespressi.

La normatività, secondo la teoria in esame, non può essere completamente rinchiusa nel testo giuridico, eppure da esso principia e in esso finisce.

Se la precomprensione, come suggerito, si sostanzia nei principi fondamentali della Costituzione, il testo costituisce il campo in cui quei principi operano, attraverso il confronto con elementi anche extratestuali.

A tal punto è fondamentale una distinzione basilare della tradizione ermeneutica, ovvero quella tra formalismo e testualismo.

Con il primo termine si indica una concezione del diritto che conforma il significato sociale del diritto al contenuto filologico dei testi.

Con il secondo, invece, si individua un elemento del percorso ermeneutico irrinunciabile ma che da solo non esaurisce la dinamica interpretativa.

Da questo punto di vista, è naturale come l'avvento delle Costituzioni rigide e del loro carico assiologico abbia determinato il superamento di una visione puramente formalistica del diritto. Questo non comporta, però, come sottolineano le dottrine ermeneutiche più mature, un abbandono del testo. “ *Sostenere peraltro l'insufficienza dell'interpretazione letterale non è contraddittorio con l'affermarne l'irrinunciabilità*”⁴¹⁶.

Sintetizzando le conclusioni del pensiero esaminato, il testo giuridico si caratterizza per la sua pretesa di regolazione dei fatti sociali. Tenuto conto del carattere costitutivo dell'interpretazione, dell'inestricabilità tra comprendere, interpretare e applicare, e del carattere plurale dei giochi interpretativi, al testo giuridico è attribuita una duplice dimensione: negativa, nella misura in cui consente di eliminare pretese interpretative incompatibili col testo⁴¹⁷; positiva, come fattore iniziale della pratica interpretativa, che porge all'interprete un campo delimitato all'interno del quale svolgere la sua funzione di codeterminazione del senso⁴¹⁸.

⁴¹⁶ F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 246.

⁴¹⁷ In questo punto vi è una convergenza tra filosofia ermeneutica e semiotica, nelle parole di U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1995, dove si afferma che “ogni discorso sulla libertà di interpretazione deve partire da una difesa del significato letterale”. Sul punto vedi anche *infra*, capitolo quarto.

⁴¹⁸ Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., *passim*.

Corollario necessario di tale impostazione è costituito dalla rivalutazione dell'argomentazione giuridica. Interpretazione e argomentazione rappresentano un'endiadi inseparabile nella filosofia ermeneutica⁴¹⁹.

Il ragionamento assume un carattere lineare. Se il testo giuridico rappresenta il campo d'azione al cui interno l'interprete si confronta, a partire dalla propria precomprensione, con dati extratestuali, quali i principi costituzionali, il contesto giuridico, la comunità interpretativa, in un procedimento a spirale in combinato disposto col fatto oggetto di cognizione, il risultato non può che aspirare a essere ragionevole. Ed è proprio qui che emerge la categoria dell'argomentazione: la ragionevolezza dell'interpretazione si misura nello sforzo argomentativo dell'interprete, nella scelta delle premesse e nell'esplicazione della regola di inferenza.

D'altronde è piuttosto congruente ritenere che laddove si individui nella pratica interpretativa un carattere costitutivo, sia lo sforzo e l'armamentario argomentativo dell'interprete il campo verifica del successo dell'impresa ermeneutica.

Testo e argomentazione rappresentano, pertanto, due momenti fondamentali della filosofia ermeneutica.

In diritto penale, tuttavia, il discorso non può essere identico.

Vi sono talune ragioni sostanziali che impongono una maggiore considerazione del testo, pur nella sua problematicità, e una perimetrazione del carattere argomentativo dell'interpretazione.

Nella dinamica penalistica, fuori dal testo vi sono soltanto arbitrio e violenza⁴²⁰. Il testo delimita l'ambito della punibilità, individua i presupposti di operatività della pena, autorizza la lesione di un bene costituzionale, comprime la libertà⁴²¹.

Sono tre i paradigmi costituzionali che impongono una diversa considerazione del testo: il principio di legalità, il suo corollario della determinatezza, e il principio di frammentarietà.

Il testo deve essere previsto dall'organo parlamentare, detentore della sovranità popolare e luogo in cui si manifesta la dialettica tra maggioranza e minoranza⁴²²; deve essere preciso, chiaro, espresso attraverso il medesimo linguaggio del cittadino⁴²³; non

⁴¹⁹ Cfr. P. RICOUER, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretandi* 1996, p. 1 ss.

⁴²⁰ Cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, trad. it. D. Canale, in *Ars interpretandi* 1997, p. 171 ss.

⁴²¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars interpretandi* 1997, p. 157 ss.

⁴²² Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 90 ss.

⁴²³ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., passim.

vi deve essere una linea di continuità tra le diverse incriminazioni avverso il medesimo bene giuridico.

È proprio il profilo della frammentarietà il più sacrificato dalla filosofia ermeneutica.

Abbiamo già visto⁴²⁴ come parte degli Autori, che si identificano in nuovo paradigma penale relativizzano e contestualizzano storicamente il ruolo della riserva di legge, ritenuto strumento obsoleto di un'epoca ormai superata. Allo stesso modo, il principio di determinatezza evoca una serie di problematiche che tuttavia non necessariamente confliggono con una tecnica legislativa chiara e precisa. Anzi, è propria della filosofia ermeneutica il collocare la propria disamina in una dimensione superiore, che analizza il linguaggio come strumento finito e impreciso di comunicazione. Ponendosi in questa prospettiva, la deriva delle tecniche legislative odierne⁴²⁵ non rappresenta altro che un problema storico.

In altri termini, anche la tecnica legislativa più conforme possibile ai principi di precisione e chiarezza sconta uno scarto ermeneutico a causa dei limiti del linguaggio come strumento di comunicazione.

Accettando queste due premesse, e non è la prospettiva prescelta ai fini del presente lavoro, permane tuttavia il canone della frammentarietà⁴²⁶.

A fondamento del principio in esame si pone la necessità di selezionare i beni giuridici meritevoli di tutela penale, in combinato disposto con il principio di sussidiarietà, e di individuare le modalità di aggressione penalmente rilevanti. La lacuna rappresenta un elemento costitutivo del diritto penale perché ad ogni lacuna corrisponde uno spazio di libertà.

La tipicità dell'illecito è, pertanto, precipitato logico dell'opera di selezione compiuta dal legislatore. La serietà delle conseguenze dell'intervento penale implica una duplice opera di delimitazione: inerente agli interessi da tutelare, tali per cui soltanto il diritto penale può risultare mezzo adeguato di tutela, e una delimitazione di secondo livello, sovente trascurata a livello filosofico, riguardo alle modalità di estrinsecazione dell'atto criminale.

È chiaro, allora, come relegare il testo giuridico a fattore di legittimazione negativo, ovvero a presupposto delimitativo dell'opera interpretativo, pone almeno potenzialmente a rischio il carattere frammentario della tutela.

⁴²⁴ Vedi capitolo primo.

⁴²⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 127 ss., dove si parla di disordinamento giuridico.

⁴²⁶ Cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 9 ss.

Per tali ragioni, nel diritto penale l'antinomia tra giustizia sostanziale, certezza del diritto, conoscibilità *ex ante* del precetto assume un connotato assiologico maggiore rispetto ad altri rami del diritto, ed ignorare questo aspetto significherebbe assumere un atteggiamento superficiale, volto ad una spiegazione generica del diritto, senza alcuna possibilità applicativa.

Non si può, d'altronde, neanche ignorare un problema di legittimazione del diritto penale.

L'evoluzione storica del diritto penale, infatti, è fondata su “*un processo di democratizzazione del principio di autorità*”⁴²⁷, che rappresenta una sorta di incoerenza *in fieri*.

La genetica del diritto penale si ravvisa in un atto di autorità, prima teologica e poi statale, nei confronti del cittadino⁴²⁸. Il detentore della coercizione pubblica esplica il proprio atto di autorità verso il suddito. È questo uno dei momenti di massima tensione tra autorità e libertà.

La svolta rivoluzionaria del pensiero illuminista, che tutt'oggi permane immutata, è stata la trasformazione della visione dello Stato, non quale detentore semplice della potestà punitiva, bensì quale espressione della sovranità popolare titolare della coercizione pubblica in virtù di un contratto sociale⁴²⁹.

Il potere dello Stato, pertanto, di incidere sui diritti fondamentali del cittadino diviene legittimo soltanto nella misura in cui è volto a proteggere quegli stessi diritti: è un semplice scambio tra una quota di diritti individuali in cambio di un'utilità sociale⁴³⁰.

Una tale impostazione filosofica non può implicare un mutamento nella definizione dei titoli di reato, nell'accentuazione delle componenti soggettive dell'illecito e nella ricerca di una coerenza contenutistica tra sanzione e illecito⁴³¹.

La dinamica evolutiva descritta comporta la coesistenza, all'interno del paradigma di tutela penale, di un principio di autorità declinato congiuntamente alla tutela dei diritti fondamentali.

⁴²⁷ C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia* 2012, p. 95 ss.

⁴²⁸ Cfr. A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1993*, Milano 1996.

⁴²⁹ Fondamentale la lezione di S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1988.

⁴³⁰ Cfr. C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1349 ss.

⁴³¹ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 17 ss.

Vi è, quindi, una perenne e costante incoerenza che caratterizza il diritto penale, fotografata nella nota massima secondo la quale il diritto penale costituisce un male necessario⁴³².

La presenza simultanea di due ispirazioni così diverse impone, paradossalmente, una coerenza formale maggiore ed una continua tensione verso questa coerenza formale. Tramite un ossimoro si può affermare come la gestione dell'incoerenza impone la ricerca di una coerenza formale⁴³³.

Il potere del diritto penale “è *organizzato per la tutela di interessi vitali, cioè per la protezione di beni giuridici, ma può ferire con altrettanta violenza, quando il suo impiego non viene sorvegliato con cura e dominato con rigore*”⁴³⁴.

Se, allora, questo è l'impianto culturale caratterizzante il diritto penale, si impone, senza possibilità di scelte diverse, la tendenza alla formalizzazione della norma e della sua interpretazione.

Per formalizzazione si intende la descrizione *ex lege* puntuale, chiara e specifica dei confini della potestà punitiva, in correlazione con i suoi fini. La formalizzazione consente la riconoscibilità dell'oggetto penale e, di conseguenza, l'autodeterminazione, autentica garanzia della libertà personale.

La formalizzazione, in conclusione, è una scelta di politica criminale obbligata per confinare il controllo sociale in una logica di legittimazione democratica. Dalla scelta verso un modello formale di tutela deriva l'utilizzo di moduli dogmatici improntati alla medesima filosofia.

Alla luce di quanto espresso, lo studio delle relazioni tra filosofia ermeneutica e diritto penale, preso atto dei tentativi di costruzione di paradigmi di tutela differenti, può seguire una triplice via.

In primo luogo può generare una forma di trascinamento verso costruzioni generali dell'edificio penale; in via del tutto opposta può condurre ad una difesa ad oltranza dell'esistente in via teorica.

Tra questi due atteggiamenti, entrambi presenti nel panorama scientifico, si può seguire una terza via.

Consapevoli, infatti, delle potenzialità lesive del diritto penale, del supremo valore della formalizzazione, quale espressione assiologica della tutela dei diritti fondamentali, si

⁴³² La massima è di C. ROXIN, *Politica criminale*, cit., p. 10.

⁴³³ Cfr. C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., p. 100 ss.

⁴³⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, p. 119.

può tentare un approccio alla filosofia ermeneutica ed ai satelliti ad essa connessi di tipo integrativo: l'ermeneutica quale fattore di sviluppo della legalità.

È questa un'impostazione metodologica in parte già seguita nel presente lavoro, laddove la categoria della precomprensione è stata declinata in senso costituzionalmente orientato e nel momento in cui si è accentuato il valore formale del testo, nonostante le tendenze costitutive della dinamica interpretativa. Ed è la stessa tecnica adoperata verso la legalità europea, indagata in una prospettiva di implementazione delle garanzie e non in sostituzione di esse.

Seguendo tale metodologia, anziché immaginare l'ermeneutica quale nuova *Koinè* giuridica o, addirittura, penalistica, si possono esaminare gli elementi costitutivi, ed esaltarne l'aspetto innovativo al fine di un'integrazione in un modello costituzionalmente orientato.

Capitolo IV: Il diritto penale tra scienza e metodo. L'interpretazione in chiave politico criminale.

1 Diritto penale e sistema di politica criminale: il problema del metodo.

Un percorso scientifico che intenda coniugare le acquisizioni della filosofia ermeneutica con l'impianto garantista della Costituzione, impregnato di filosofia illuminista, non può che principiare dalla questione del metodo.

Nella scienza penale la problematica del metodo assume uno spessore assiologico notevole⁴³⁵. I beni costituzionali in gioco ed il variare delle conseguenze in funzione del metodo adottato rendono particolarmente conflittuale la discussione sul punto.

Si può legittimamente affermare che le questioni di metodo rappresentano questioni di potere; così come si può asserire che le questioni di metodo sono questioni costituzionali⁴³⁶.

Da questa prospettiva, appare una duplice dimensione del metodo: un insieme di procedimenti teorici o pratici atti a garantire l'attendibilità del risultato, ovvero l'insieme delle norme, procedure e convenzioni, basate su criteri di razionalità e obiettività, seguite nello svolgimento della ricerca, al fine di assicurare l'attendibilità dei risultati, e la loro riproducibilità e verificabilità⁴³⁷.

Così definito il metodo, emerge in tutta la sua problematicità il rapporto osmotico tra metodo e oggetto di conoscenza. È una relazione nella quale l'oggetto influenza il metodo di indagine, così come allo stesso tempo il metodo modifica il proprio oggetto⁴³⁸. Per questo motivo le questioni di metodo sono questioni anche politiche, essendo già insita nella scelta del metodo una determinata finalità.

D'altronde, anche in campo scientifico la teoria della relatività di Einstein ed il principio di indeterminazione formulato da Heisenberg hanno dimostrato come rappresentino elementi costitutivi di una teoria sia l'osservazione e la misurazione dei

⁴³⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza penale*, in *Criminalia* 2010, p. 227 ss., dove si sottolinea come in altre discipline, quali ad esempio il diritto civile o il diritto amministrativo, la questione del metodo non assume la medesima conflittualità che persiste nel diritto penale.

⁴³⁶ Cfr. B. RUTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Un'ipotesi di discussione*, in *Criminalia* 2007, p. 121 ss.

⁴³⁷ Le definizioni sono tratte dal G. BALDUCCI (a cura di), *Vocabolario della lingua italiana*, compilato da N. ZINGARELLI, Novissima Edizione (VIII), Bologna 1964, p. 978 ss.

⁴³⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza penale*, cit., p. 229.

fenomeni che il metodo adoperato⁴³⁹. L'osservatore, pertanto, con il suo metodo, è un elemento costitutivo della teoria di riferimento.

Partendo da tale consapevolezza, è necessario individuare l'oggetto della scienza penale, che dovrà interagire con il metodo. Punto obbligato di partenza è costituito dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910⁴⁴⁰.

“La scienza penale deve limitare l'oggetto delle sue ricerche dirette allo studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esiste come dato dell'esperienza e cioè, il diritto penale positivo”.

Il manifesto del tecnicismo giuridico, nelle parole del suo fondatore, limita l'indagine penale al diritto positivo. Storicamente per tale via si pone fine alla dialettica tra la scuola Positiva e la scuola Classica, in cui allo studio del diritto di punire si contrapponeva lo studio dell'autore criminale⁴⁴¹.

Nelle parole dell'Autore del nostro codice penale si annidano, però, enigmi e fraintendimenti costanti della scienza penale.

Come accennato, il tecnicismo giuridico si pone, nelle sue intenzioni, quale reazione storica ad un *“periodo di crisi della scienza penale determinato da trattati o monografie e articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi, tra l'altro, se una scienza che si chiama diritto penale sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica; tutto, insomma, qualche volta, tranne che del diritto”*⁴⁴².

A questa supposta crisi spirituale della scienza penale, il tecnicismo giuridico reagisce ponendo al centro del metodo giuridico il diritto positivo, attraverso un criterio volto all'elaborazione tecnico- giuridica del diritto vigente.

Tale metodo, tuttavia, ed è questa una chiave di volta per l'intera indagine, non è relegato al *“puro, gretto e materiale commento esegetico della lettera legislativa. [...] Il commento puramente esegetico, delizia di certi scrittori, per lo più da dozzina, preso in sé e per sé, è una forma di prodotto letterario scientificamente inferiore”*⁴⁴³.

Rocco si limita a separare il diritto positivo dalla filosofia del diritto penale e dalla politica criminale. Non nega, tuttavia, le influenze reciproche ma impone l'adozione di

⁴³⁹ Cfr. M. DE BARTOLOMEO- V. MAGNI, *I sentieri della ragione. Filosofie contemporanee*, Milano 2008, p. 111 ss.

⁴⁴⁰ A. ROCCO, *Il problema del metodo della scienza penale*, in A. ROCCO, *Opere giuridiche*, Roma 1933, p. 263 ss.

⁴⁴¹ Cfr. T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza penale*, cit., p. 230 ss.

⁴⁴² A. ROCCO, *Il problema del metodo della scienza penale*, cit., p. 266 ss.

⁴⁴³ A. ROCCO, *Il problema del metodo della scienza penale*, cit., p. 299 ss.

un metodo giuridico che individui nel diritto positivo il punto di partenza ed il punto di arrivo dell'indagine scientifica.

Tale indagine si estrinseca, poi, attraverso una complessa analisi interpretativa, che *“non consiste nel vedere, vocabolario alla mano, se le ipotesi letteralmente e strettissimamente previste dal legislatore penale si fossero nel fatto verificate [...] ma include e presuppone dinanzi a sé l'interpretazione logica e non soltanto grammaticale”*⁴⁴⁴.

All'interpretazione sistematica si affianca, inoltre, la ricerca dogmatica dei principi fondamentali che innervano il sistema positivo⁴⁴⁵.

È sintomatico come il maestro del tecnicismo giuridico non si chiuda in un referenziale formalismo, bensì includa nel proprio metodo giuridico la ricerca comparatistica e l'analisi dogmatica. Allo stesso tempo, tuttavia, non bisogna sovraccaricare la prolusione sassarese, che resta figlia del proprio tempo e di una scienza penale pronta a prestarsi alle torsioni totalitariste. Sufficiente, in tal senso, è la parabola del principio di legalità all'interno del codice Rocco: norma di apertura a guisa di un principio informatore, sistematicamente violata nella parte speciale attraverso la configurazione di fattispecie indeterminate, vaghe, poste a tutela di beni giuridici evanescenti e caratterizzate da un rigorismo sanzionatorio esasperato.

Da un punto di vista metodologico, comunque, anche nella semantica della prolusione sassarese è identificabile il rifiuto di un formalismo che possiamo definire come ingenuo, volto alla mera ricerca filologica ed inconsapevole dei nessi sistematici che si sviluppano tra realtà, sistema criminale, principi del trattamento del socialmente deviante e diritto positivo.

Già tale punto di partenza vale a mettere in crisi molte delle critiche verso l'edificio culturale illuminista, che asseriscono la sterilità strutturale di un atteggiamento volto alla mera ricerca formale di un significato letterale.

Il formalismo che caratterizza il diritto penale è tutt'altro che ingenuo o sterile, essendo caratterizzato da una sostanza assiologica che coinvolge l'interprete in un metodo integrato tra politica criminale e dogmatica giuridica.

Per cogliere realmente il senso di tale affermazione è necessario proseguire nell'analisi storica della metodologia penale.

⁴⁴⁴ A. ROCCO, *Il problema del metodo della scienza penale*, cit., p. 298.

⁴⁴⁵ Cfr. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli 2004, p. 154 ss.

Tappa fondamentale dell'evoluzione del pensiero penalistico è l'opera di Franz von Listz⁴⁴⁶.

Nel pensiero del criminalista tedesco, il diritto penale si pone quale limite insormontabile della politica criminale. Definito il codice penale quale “*magna charta del delinquente*”⁴⁴⁷, la difesa della libertà individuale del singolo contro le pretese punitive della collettività impone l'adozione di una metodologia scientifica volta all'analisi sistematica piuttosto che alla ricerca della giustizia.

La teoria del reato, da questo punto di vista, ha “*quale compito immediato [...] il guardare, in una prospettiva puramente tecnico giuridica, al delitto ed alla pena come a generalizzazioni concettuali; il ricondurre ad un sistema chiuso le singole prescrizioni della legge, risalendo fino agli ultimi principi e concetti fondamentali*”⁴⁴⁸.

La scienza del diritto è scienza sistematica volta all'elaborazione di categorie in grado di governare il caso particolare. L'adozione del principio di legalità quale prospettiva assiologica privilegiata richiede una severa arte dell'interpretazione, di carattere scientifico più che politico. Per questo il diritto penale si pone quale limite della politica criminale: l'antitesi tra singolo individuo e comunità è risolta nella ricerca di categorie sistematiche volte ad arginare l'arbitrio punitivo.

Il tecnicismo giuridico di Arturo Rocco e l'analisi sistematica di Von Listz, pur distanti tra loro, condividono un medesimo risultato metodologico: l'espulsione della politica criminale e della teoria della pena dalle categorie del diritto penale e l'assimilazione del diritto penale alla dogmatica giuridica.

Tale prospettiva è stata sottoposta ad una duplice critica: un certo grado di ineffettività dei risultati e la soluzione di problemi avulsa da problematiche di politica criminale.

Fondamentale la domanda posta da Claus Roxin ad un sistema simile: “*[...] a cosa giova la soluzione di un problema di diritto che, nella sua univocità e conformità al sistema, è erronea da un punto di vista politico criminale? Deve effettivamente venir preferita ad una decisione del caso concreto che sia soddisfacente, anche se non perfettamente inquadrabile nel sistema?*”⁴⁴⁹

Secondo il pensiero del maestro tedesco, la metodologia sistematica costituisce il precipitato storico dell'eredità del positivismo scientifico, che esclude dalla dimensione

⁴⁴⁶ F. VON LISTZ, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905.

⁴⁴⁷ F. VON LISTZ, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., p. 80.

⁴⁴⁸ F. VON LISTZ, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* cit., p. 212.

⁴⁴⁹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. di S. MOCCIA, Napoli 1986, p. 41.

giuridica le categorie sociali e politiche. La credenza nell'avalutatività delle scienze è stata per molti anni un freno allo sviluppo della metodologia penalistica.

È stato soltanto attraverso l'illustrazione dei nessi impliciti tra sistema giuridico e conformazione sociale che si è progressivamente affermata una metodologia volta all'integrazione tra vincolatività del diritto e finalismo della politica criminale, sino a giungere al ribaltamento della massima di Von Listz: la politica criminale quale limite insormontabile al diritto penale.

Per giungere a tale risultato è stato necessario chiarire la relazione che si instaura tra ideologia e diritto⁴⁵⁰.

Se, infatti, intendiamo l'ideologia quale "*piano complessivo per la regolazione dei rapporti socio-politici, quale modello ideale per la determinazione della vita individuale*"⁴⁵¹, in una funzione quindi positiva, si deduce come il diritto si ponga quale ineludibile strumento di conformazione sociale. Ignorare tale funzione, collocando la scienza giuridica in un iperuranio ideologicamente neutrale, significa mortificare l'essenza giuridica e, soprattutto, assecondare logiche tecnicistiche strumentali a qualsiasi tipologia di fini sociali.

Adoperando, invece, una prospettiva realista ma non per questo scettica, si possono illuminare le correlazioni tra rapporti sociali, realtà fenomenica e scienza giuridica, in modo tale che il piano programmatico dell'ideologia possa essere d'ausilio alla scienza normativa e all'interpretazione delle fattispecie.

È questo un passaggio di fondamentale importanza. L'interpretazione delle fattispecie, in quest'ottica, non è volta ad un ingenuo formalismo né tantomeno soltanto ad una mera logica sistematica; l'interpretazione è essa stessa politica essendo volta a far emergere le dinamiche sociali.

Nell'evolversi della metodologia giuridica è stato un merito della filosofia neokantiana l'elaborazione di un'impostazione teleologica orientata alla funzione assegnata alla sanzione penale, in un'ottica di integrazione tra norme e valori.

In critica aperta nei confronti del positivismo giuridico, la filosofia neokantiana si iscrive nelle tendenze antiformaliste del Novecento e si caratterizza per la valorizzazione della nozione di scopo nell'elaborazione delle categorie e nell'interpretazione del sistema⁴⁵².

⁴⁵⁰ Fondamentale sul punto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 22 ss.

⁴⁵¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 22.

⁴⁵² Cfr. S. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. S. Ventura, Milano 1966, p. 95 ss.

L'idea fondamentale che ispira la metodologia neokantiana è l'assimilazione dei concetti giuridici ai concetti di valore, su cui ricostruire, in una visione teleologica, la struttura del sistema⁴⁵³.

Quello della filosofia neokantiana è stato un esempio significativo, dal punto di vista storico, di introduzione di logiche valoriali nella declinazione del sistema giuridico che, tuttavia, non è stato in grado di porsi quale metodologia generale a causa dell'assenza di un riferimento assiologicamente superiore e stabile quale valore di riferimento. In questa prospettiva deve leggersi il pesante giudizio storico di parte della cultura occidentale che attribuisce alla filosofia neokantiana la colpa di aver preparato le basi metodiche dell'involuzione autoritaria nazista.

Il relativismo etico che caratterizza l'impianto neokantiano avrebbe favorito, secondo la critica in esame, la cultura nazionalsocialista ad articolare il sistema ordinamentale in senso repressivo quale forma di teleologia applicata al *fhurerprinzip*⁴⁵⁴.

Non tutta la dottrina condivide tale critica, in particolare la tesi secondo la quale un ordinamento improntato ad un positivismo chiuso avrebbe impedito il penetrare delle categorie naziste. Basti pensare, a tal riguardo, l'esperienza italiana. Il dilagare del tecnicismo giuridico e dei suoi teoremi di chiusura della scienza giuridica sul diritto positivo non ha impedito l'evoluzione del sistema in chiave totalitaria nell'esperienza fascista. Da un certo punto di vista il tecnicismo giuridico è stato una delle estrinsecazioni del metodo fascista, come dimostra la parabola ascendente della legalità nel codice Rocco⁴⁵⁵.

L'unica dimostrazione che si può trarre dalla vicenda neokantiana è quella secondo la quale l'assenza di parametri di valore forti sui quali improntare il sistema giuridico si apre ai rischi di contaminazioni strumentali e pericolose per la libertà personale.

Non è l'adozione di una metodologia teleologica ad aver macchiato l'esperienza neokantiana (anzi, quest'aspetto costituisce sicuramente un merito), bensì la mancata adozione di fini normativamente fondati e strutturalmente solidi. Proprio per questo motivo il sistema neokantiano non è stato in grado di proporsi quale forma di revisione generale della cultura giuridica.

⁴⁵³ Si ricordino, ad esempio, tra le scoperte neokantiane gli elementi normativi del fatto tipico, la categoria dell'antigiuridicità materiale, nonché gli elementi soggettivi dell'antigiuridicità. Si veda l'ampio e approfondito capitolo dedicato ai neokantiani di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 65 ss.

⁴⁵⁴ Ad esempio A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza nel diritto penale*, cit., p. 41 ss.

⁴⁵⁵ Per tale tesi v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 73.

Soltanto con l'avvento del costituzionalismo è stato possibile apprezzare diversamente la metodologia teleologica.

Carte Costituzionali come quella vigente in Italia consentono, sia su un piano materiale che su un piano formale, l'organizzazione del sistema secondo una prospettiva fortemente teleologica.

In ottica materiale, la vincolatività dei principi costituzionale impone la declinazione del sistema in una versione coerente con le premesse costituzionali. Sul piano formale, invece, il carattere rigido della Costituzione impone l'espulsione di una qualsiasi aporia rispetto ai principi fondamentali.

Il costituzionalismo moderno ha, pertanto, rappresentato il retroterra culturale in cui è sorto quell'indirizzo metodologico teleologicamente orientato all'integrazione tra finalità di politica criminale e categorie dogmatiche⁴⁵⁶. La tesi in esame coniuga nella metodologia del diritto penale l'interazione tra Stato sociale e Stato di diritto propria del diritto costituzionale, ossia tra ideologia liberale e istanze solidaristiche⁴⁵⁷.

La sede in cui l'integrazione tra politica criminale e dommatica trova la sua naturale collocazione è la teoria generale del reato: le tre categorie fondamentali, ovvero tipicità, antigiuridicità e colpevolezza devono essere sviluppate dalla particolare visuale della funzione di politica criminale loro assegnata⁴⁵⁸.

*“Il diritto penale è piuttosto la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi. [...] Separare nettamente la costruzione dommatica dalle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile”*⁴⁵⁹.

La ricchezza metodologica di un tale approccio non è ancora del tutto stata esplorata. Non si tratta, infatti, di un atteggiamento antiformalista volto alla prevalenza di istanze materiali. Il pensiero sistematico, in una metodologia teleologicamente orientata a finalità di politica criminale, è altrettanto importante nella misura in cui consente di raggiungere risultati di chiarezza e certezza del diritto, a loro volta funzionali alla tutela della libertà personale. Inoltre, differentemente da un sistema positivistico ispirato ad un ingenuo formalismo, la teleologia penale in esame consente di mantenere un costante

⁴⁵⁶ Il merito è di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., passim.

⁴⁵⁷ Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafredhtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p. 27 ss.

⁴⁵⁸ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 50 ss. In particolare, il maestro tedesco assegna al fatto la funzione politico criminale di tutela della libertà umana; all'antigiuridicità la funzione di risoluzione dei conflitti sociali; ed infine alla colpevolezza la funzione di garantire la esplicazione della funzione della pena. Sul punto vedi anche S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1006 ss.

⁴⁵⁹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 76.

rapporto con la realtà e di sviluppare risposte coerenti che siano in grado di dare un riscontro al caso concreto.

La forza di un tale metodo di lavoro risiede, ed è fondamentale rilevarlo, nella coerenza delle premesse. Soltanto premesse di politica criminale ispirate dai principi fondamentali dell'ordinamento permettono una declinazione coerente del sistema che curi allo stesso tempo esigenze di giustizia ed istanze di certezza. Il caso concreto che invoca giustizia non si vedrà soccombente rispetto alle esigenze sistematiche.

È proprio in tale prospettiva che accanto alla tradizionale funzione garantista del diritto penale, diretta a delimitare l'ambito punitivo, si affianca una diversa e ulteriore esigenza, in cui la politica criminale limita l'utilizzo del diritto penale soltanto per la tutela di esigenze coerenti con le premesse normative costituzionali.

Il diritto penale può essere interpretato soltanto in correlazione con tali finalità costituzionali.

Nella dottrina italiana un primo esempio di applicazione di una teleologia costituzionale alla teoria generale del reato è individuabile nel lavoro di Franco Bricola⁴⁶⁰. Nella Carta Costituzionale sono individuate le coordinate ermeneutiche per lo sviluppo del concetto di reato e del sistema penale. In quest'ottica la dogmatica diviene uno strumento critico e non ricostruttivo della teoria generale del reato.

Un significativo sviluppo della teoria di Claus Roxin si rinviene nel pensiero di autorevole dottrina, la quale propone la ricostruzione di un sistema teleologicamente orientato alla finalità assegnata dalla Costituzione alla sanzione penale⁴⁶¹.

Il lavoro del maestro tedesco, infatti, è volto all'individuazione della finalità di politica criminale proprie di ogni singola categoria del reato, in maniera tale da risolvere le singole problematiche concernenti il fatto, l'antigiuridicità o la colpevolezza di conseguenza.

Lo sviluppo di una tale metodologia si è formato nel comprendere come in realtà le singole finalità di politica criminale “*coagiscono all'interno delle singole categorie*”⁴⁶². Tra le varie istanze di politica criminale un ruolo fondante, ben oltre la singola categoria della colpevolezza, è riservato alla finalità della pena, chiave di volta per la ricostruzione di un sistema penale teleologicamente orientato⁴⁶³.

⁴⁶⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss*, D. I., XIX, 1974., *passim*.

⁴⁶¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, *passim*.

⁴⁶² S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, p. 37.

⁴⁶³ Oltre a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, *passim*, si veda anche A. FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, p. 770 ss.

A fronte di tali fondamentali acquisizioni, un recente sviluppo nella teoria generale del reato si può individuare in quegli orientamenti che accolgono una prospettiva dinamica ed identificano nel processo penale una prospettiva privilegiata per lo studio delle categorie giuridiche⁴⁶⁴.

L'analisi della processualizzazione delle categorie penali non è altro che un modo proficuo per comprendere il diritto penale in una visione dinamica.

Lo studio tradizionale della teoria penale fornisce una fotografia, certo composita e plurale, del diritto penale. Lo studio del processo e dell'interazione con le categorie penale consente, invece, in una lettura integrata, la presa d'atto dei processi di criminalizzazione. In quest'ottica, ad esempio, la tipicità è ricostruita attraverso stadi successivi e tentativi di falsificazione; la categoria della prova pone drammatici quesiti alla dogmatica penale; l'individuazione della pena e la sua esecuzione chiamano il penalista ad una verifica costante delle concrete finalità della pena⁴⁶⁵.

Individuate le tendenze e le acquisizioni della metodologia penale, è arrivato il momento di comprendere quale ruolo può svolgere il modello ermeneutico.

Una prima acquisizione è già stata sollecitata: se l'oggetto della critica da cui muove la dottrina penalistica che direttamente o indirettamente si richiama alla filosofia ermeneutica è il positivismo giuridico da noi denominato ingenuo formalismo, essa è allora anacronistica.

L'individuazione e l'adozione di una metodologia assiologicamente orientata alle premesse normative costituzionali permette, infatti, di chiarire il nesso esistente tra formalismo e giudizi di valore.

Il diritto penale impone un certo grado di formalismo, quale necessario corollario delle capacità afflittive della sanzione penale, che tutela beni giuridici fondamentali attraverso la lesione dei medesimi beni giuridici.

Quest'alto tasso di formalismo, che si oppone a torsioni interpretative e richiama la centralità del testo, come in precedenza chiarito, non è tuttavia fine a se stesso.

Se la politica criminale si esplica quale limite insormontabile del diritto penale, le premesse e le finalità di politica criminale muovono l'interpretazione del sistema in un'ottica coerente con il carattere rigido della gerarchia delle fonti.

⁴⁶⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Lezione introduttiva*, cit., p. 237 ss.

⁴⁶⁵ Per un'attenta analisi delle interrelazioni tra processo penale e categorie dogmatiche v. K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dogmatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998. Allo stesso modo S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007.

Da questo punto di vista, uno dei punti deboli della filosofia ermeneutica giuridica consiste nel non aver dato il giusto peso ai principi costituzionali nella dinamica interpretativa.

Se la filosofia ermeneutica vuole porsi quale nuova *koinè* giuridica ed affermare, alquanto apoditticamente, che la realtà è frutto dell'interpretazione e che il giudice è un codeterminatore della norma, oltre la sterilità dei risultati, non si vede quale spazio possa occupare in un diritto penale teleologicamente orientato a profili di politica criminale.

Se, invece, come noi crediamo, la filosofia ermeneutica richiama la responsabilità dell'interprete attraverso la dimostrazione degli spazi problematici del sentiero interpretativo, allora è possibile integrare le acquisizioni ermeneutiche nella metodologia penale. Lo studio dell'ermeneutica, infatti, accresce sensibilmente la responsabilità dell'interprete, reso consapevole della delicatezza del ruolo chiamato a svolgere. In questo senso, sull'interprete pesa l'obbligo di esternare il proprio orizzonte e rifuggire dal richiamo delle formule retoriche, spesso tramandate dalla giurisprudenza, ed evocate per evadere il fardello della decisione.

È proprio la categoria della precomprensione ed il suo sviluppo il terreno fertile per tentare una congiunzione del pensiero ermeneutico con la scienza penale.

Sulla scia del pensiero di Heidegger, che per primo aveva dimostrato come la comprensione si estrinseca in un circolo ermeneutico al cui fondamento vi è l'opinione degli uomini sul mondo in cui vivono, la filosofia ermeneutica teorizza il valore costitutivo della precomprensione.

In Heidegger l'ermeneutica è indagata in una prospettiva ontologica; in Gadamer, invece, in una prospettiva linguistica.

L'urto ermeneutico di cui parla Gadamer è garanzia di scientificità nella misura in cui l'interprete ed il suo carico di pregiudizi si scontra con il testo e verifica quali siano i pregiudizi illegittimi e quali quelli adoperabili. *“Una coscienza ermeneuticamente educata non presuppone [...] un oblio di sé stessi, ma implica una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi”*⁴⁶⁶.

Seguendo tale pensiero, la metodologia ermeneutica si impenna su una dialettica fondata dalle domande della precomprensione e le risposte del testo. Il senso di un testo

⁴⁶⁶ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 559.

si interpreta a partire dalle domande dell'interprete ed in un percorso di dialogo fondato su domande e risposte⁴⁶⁷.

Soltanto così la comprensione del testo si attua in quella fusione di orizzonti tra testo ed interprete, come superamento della distanza temporale che consente l'applicazione del testo al caso concreto.

Abbiamo già dimostrato come, nell'attuale sistema ordinamentale l'orizzonte di precomprensione dell'interprete non può che essere costituito dai principi costituzionali. Quest'affermazione così semplice nella sua perentorietà adesso può essere colta in tutta la sua problematicità.

Nell'esserci al mondo del giurista e nelle sue conoscenze si scontrano letture costituzionali differenti, impostazioni dogmatiche frammentate e forse involontarie, assenza di consapevolezza di matrici di politica criminali.

Un interprete ermeneuticamente responsabile deve prendere coscienza, invece, di quali pregiudizi siano legittimi e quali convinzioni siano invece incompatibili con il testo costituzionale.

L'integrazione tra politica criminale e categorie giuridiche trova il primo terreno di applicazione proprio nella precomprensione dell'interprete.

In questo percorso, tuttavia, bisogna ben guardarsi da un rischio che l'ermeneutica, quale movimento filosofico, ha percorso e continua a percorrere: la diluizione del suo significato ad un indistinto richiamo al diritto di interpretazione⁴⁶⁸.

La tesi fondamentale del movimento ermeneutico implica il concetto di verità: non vi è verità fuori dall'atto interpretativo. Ogni esperienza di verità è un'esperienza interpretativa; è questa un'opinione abbastanza diffusa nel corso del 900 che soltanto nella filosofia ermeneutica è portata a conseguenze sistemiche, alla teorizzazione del carattere costitutivo della precomprensione dell'interprete.

La filosofia ermeneutica sostituisce alla metafisica l'atto storico dell'interpretazione. Non esistono verità supreme o superiori; la verità è il prodotto dell'interpretazione.

Per questo motivo non bisogna correre il rischio di individuare nell'ermeneutica una nuova metafisica, ossia una funzione rivelatrice della vera struttura dell'essere.

È questo il pericolo che si corre ogni qual volta si propone, almeno nel campo giuridico, l'ermeneutica quale paradigma di riferimento.

⁴⁶⁷ Cfr. V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed applicazione giuridica*, cit., p. 154 ss.

⁴⁶⁸ Esemplare sul punto G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Roma- Bari 1995.

In realtà, l'ermeneutica non può porsi da sola quale paradigma di riferimento perché non è nata per questo. L'ermeneutica è una risposta storica ad un problema ontologico, non fornisce contenuti ma disvela verità intese come atti interpretativi.

Nella sua essenza filosofica, la teoria dell'interpretazione, come aveva già annunciato Nietzsche, si pone in stretto collegamento con la storia del nichilismo. Vi è insita, quindi, nella filosofia ermeneutica una tendenza nichilista⁴⁶⁹.

Trasportata nell'universo giuridico, tale tendenza nichilista si arresta nel momento in cui si salda con l'assiologia costituzionale. Non perché i principi della Carta Costituzionali costituiscono verità supreme ed assolute, bensì perché la costruzione dell'ordinamento è fondato su una gerarchia rigida che consente l'arresto di quella tendenza nichilista descritta.

Come per l'impostazione neokantiana, anche per la filosofia ermeneutica la scoperta del neocostituzionalismo può costituire il punto di svolta per una proficua utilizzazione giuridica.

2. Il recupero dei principi quale preconditione per una corretta ermeneutica giudiziale. Il significato ermeneutico dei principi.

Al fine di un'integrazione delle acquisizioni della filosofia ermeneutica all'interno di una metodologia teleologicamente orientata a finalità di politica criminale normativamente dedotte, è necessaria una premessa di stampo costituzionale.

Si pone quale presupposto necessario, infatti, la distinzione tra l'essere ed il valore del sistema giuridico, al fine di identificare l'istanza fisiologica e distinguerla dalla declinazione patologica.

L'individuazione di un corretto spazio ermeneutico, in cui l'ordine giudiziario è destinato ad operare attraverso l'urto ermeneutico tra orizzonte di precomprensione e senso letterale, richiede, quale opzione preliminare ineludibile, il recupero assiologico dei principi costituzionali.

L'opzione di metodo impone, pertanto, la distinzione tra una disincantata distanza della prassi dai principi, dall'individuazione di un ruolo di fisiologica manovra ermeneutica.

Non bisogna, certo, credere che esistano ordinamenti caratterizzati da una piena conformità tra prassi e norma.

⁴⁶⁹ Per una illuminante storia del nichilismo v. F. VOLPI, *Il nichilismo*, Roma- Bari 1996, in particolare p. 39 e ss. per i riferimenti a Nietzsche.

È insito nel modello dello Stato Costituzionale di diritto uno scarto tra ogni grado dell'ordinamento, derivante dalla considerazione secondo la quale ogni livello normativo corrisponde, secondo l'insegnamento kelseniano, alla concretizzazione delle istanze superiori e alle premesse del grado successivo.

D'altronde, si ritiene esistente sempre, per definizione, un certo tasso di ineffettività in ogni modello prescrittivo: quanto più alta è l'utopia concreta⁴⁷⁰ maggiore è il grado di realizzazione del sistema normativo.

*“Nel diritto penale italiano il divario tra normatività ed effettività è solo più vistoso e più grave che in altri settori dell'ordinamento”*⁴⁷¹.

Ad una sfasatura tra essere e dover essere istintiva si è affiancata, tuttavia, una divaricazione oggettiva, generata dalla nostra storia politica costituzionale.

Le cause di una tale crisi, che altro non è poi che crisi della legalità e di conseguenza dell'attività ermeneutica, sono note e facilmente sintetizzabili.

La prima è la legislazione penale. La costruzione stratificata dell'ordinamento è forse il primo motore nella creazione di spazi illegittimi di arbitrio interpretativo. Un codice penale del 1930 rispondente al metodo del tecnicismo giuridico e alle finalità di un regime totalitario; una Carta Costituzionale del 1948 frutto del movimento neocostituzionalista in cui sono incorporate le istanze dell'illuminismo giuridico e della teoria liberale, in un'ottica sincretista che coniuga garanzie ed efficienza; una produzione penale alluvionale frutto degli anni dell'emergenza, estrinsecazione di tecniche di normazione confliggenti con la Carta Costituzionale; l'attuale sciatteria legislativa odierna, effetto di una cultura giuridica disattenta e forse inadeguata⁴⁷².

Basterebbero gli aspetti citati per comprendere la difficoltà di un discorso che voglia mantenersi denotativo sull'attività ermeneutica. A tali considerazioni, tuttavia, si congiunge l'enorme crescita dell'intervento penale, oggi ramificato sostanzialmente in ogni punto dell'ordinamento, in spregio del principio di *extrema ratio*⁴⁷³. Un tale interventismo penalistico non può che tradursi in una sovraesposizione del formante giudiziario⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Imprescindibile E. BLOCH, *Il principio speranza*, trad. it. E. De Angelis, Milano 1984.

⁴⁷¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 725.

⁴⁷² Insuperabile sul punto S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., passim.

⁴⁷³ Cfr. S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, p. 299 ss.

⁴⁷⁴ Soprattutto se si tiene conto delle diverse crisi che attraverso il nostro sistema politico, dal fenomeno endemico della corruzione alle infiltrazioni mafiose. Su quest'ultimo aspetto v. G. AMARELLI, *La contiguità politico mafiosa. Profili politico criminali, dommatici ed applicativi*, Napoli 2017.

Su un tale complesso ordito fattuale si è poi innescata l'integrazione con gli ordinamenti sovranazionali, portatori a loro volta di logiche penali e metodologie equitative quanto meno distoniche in parte rispetto all'impostazione culturale della nostra Carta Costituzionale.

In questo scenario, pur volendo indagare la questione ermeneutica sotto un profilo metodologico e sistematico, non si possono ignorare le condizioni storiche concrete in cui l'interpretazione è destinata ad operare.

Da tal punto di vista, quindi, un recupero dei principi è preconditione necessaria per impostare qualsiasi discussione in merito agli spazi ermeneutici fisiologici del potere giudiziario. Non si vuol certo, apoditticamente, affermare l'illegittimità di qualsiasi prassi interpretativa; si vuole, invece, recuperare, nei limiti del possibile e secondo i tempi della storia una dinamica e una dialettica tra poteri che consenta un'indagine metodologica dell'atto interpretativo giudiziale, senza dover necessariamente tenere conto di fenomeni di supplenza o di protagonismo interpretativo.

In uno spazio simile, depurato da logiche di gestione dell'emergenza, emerge tutta la dinamicità dell'atto interpretativo, chiamato a governare il richiamo ai principi costituzionali e il confronto con le esigenze europeiste. Proprio l'osservazione fisiologica di tale spazio, di per sé ampio, lascia sorgere la pretesa di un recupero delle simmetrie costituzionali, anche al fine di consentire alla scienza di non lasciarsi depistare dalle sirene dell'emergenza, teorizzando modelli rovesciati⁴⁷⁵.

Allo stesso tempo, seppur da altra prospettiva, il recupero dei principi costituisce, metodologicamente, un aspetto fondamentale dell'interpretazione giudiziale. Si allude al tema della dimensione ermeneutica dei principi costituzionali⁴⁷⁶.

È già stata indagata la prospettiva di una teoria generale del reato fondata su premesse di diritto costituzionale. Se, dal piano sistematico- strutturale, l'oggetto dell'analisi viene traslato sul versante dinamico giudiziale, i principi costituzionali si tramutano in criteri interpretativi: si tratta del tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il principio di determinatezza, il principio di necessaria offensività, il principio di personalità della responsabilità penale, il principio di sussidiarietà e frammentarietà dell'intervento penale, oltre a conformare il volto costituzionale del diritto penale del fatto, ponendosi quali criteri costituzionali di legittimità del formante legislativo,

⁴⁷⁵ Per la metafora delle sirene come mito dell'illuminismo v. M. HORKHEIMER – T. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo* (1966), trad. it. R. Solmi, Torino 2010, p. 51 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2013, p. 44 ss.

operano altresì quali vettori ermeneutici al fine di garantire, tra più interpretazioni possibili delle fattispecie penali, la scelta verso quella costituzionalmente conforme⁴⁷⁷.

Sono note, d'altronde, le pronunce costituzionali in merito al principio di offensività in concreto⁴⁷⁸, inteso quale canone giudiziale per far emergere l'offesa al bene giuridico quale elemento costitutivo della tipicità penale o, ancora, a proposito del principio di tassatività⁴⁷⁹, nel senso di garantire un'interpretazione più conforme possibile alla descrizione legislativa della fattispecie incriminatrice.

Nella stessa maniera, il principio di personalità della responsabilità penale impone l'adozione di canoni ermeneutici in grado di garantire l'emergere di un nesso personalistico tra fatto posto in essere ed autore del reato.

Infine, il principio di sussidiarietà, anche se trova la sua primaria sistemazione quale canone di legiferazione, tende comunque ad escludere l'intervento penale, in via ermeneutica, a quelle fattispecie che possano trovare la loro collocazione in altri rami dell'ordinamento, a causa delle conseguenze dell'inflizione della pena.

Altrettanto significativo, seppur meno indagato, è il principio di frammentarietà che, come vedremo⁴⁸⁰, impedisce al giudice di estendere i confini applicativi di una fattispecie sino al punto da ritenere punibili qualsiasi forma di lesione o messa in pericolo del bene giuridico.

Trattasi di acquisizioni presenti nella cultura della dottrina penalista cui, tuttavia, non ha fatto seguito una completa revisione della sistematica del reato.

È noto come, a partire dagli anni 50-60, non fosse ancora diffusa nella cultura giuspenalistica la coscienza della necessità di una rifondazione del sistema penale in chiave costituzionalmente orientata⁴⁸¹. Le influenze del tecnicismo giuridico ed una scarsa iniziale attività della Corte Costituzionale impedirono il sorgere di metodiche

⁴⁷⁷ Per una disamina dei sessanta anni di giurisprudenza costituzionale in materia penale v. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.* 2017, p. 13 ss.

⁴⁷⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; A. LAGO, *Art. 49 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 766 ss. e la giurisprudenza costituzionale ivi segnalata.

⁴⁷⁹ Cfr. G. FIANDACA- G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2003, p. 71 ss.

⁴⁸⁰ Vedi *infra*, paragrafo 4.

⁴⁸¹ Cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 50 ss.

costituzionalmente orientate, salvo taluni tentativi settoriali di valorizzazione dei principi costituzionali per singoli istituti del diritto penale⁴⁸².

È soltanto a partire dagli anni 70⁴⁸³ che si scorge nell'atteggiamento della cultura penalista un diverso approccio al diritto costituzionale penale, alle sue implicazioni ed alla valenza interpretativa dei principi costituzionali. Sintomatica è l'evoluzione della teoria finalistica del reato o della concezione realistica, volta ad individuare nel bene giuridico il momento principale dell'interpretazione delle fattispecie penalistiche⁴⁸⁴.

L'entusiasmo che la lettura costituzionalmente orientata del diritto penale ha generato non ha, tuttavia, riscosso i successi cui mirava.

Complice la mancata riforma del codice penale, il tentativo di mutamento di paradigma in via interpretativa non ha trovato consenso unanime nei vari formanti dell'ordinamento, portando soltanto a risultati parziali, tanto è vero che non è mancato chi ha parlato di fallimento del diritto penale costituzionale⁴⁸⁵.

In questo scenario, il tema dell'interpretazione, alla luce della filosofia ermeneutica, riflette una luce ambivalente: da un lato è caricato di responsabilità, avendo l'interpretazione giudiziale espressamente assunto il compito istituzionale di sopperire alla mancata riforma in senso costituzionale del diritto penale. Dal lato opposto, tuttavia, si è attribuito all'interpretazione un ruolo improprio, di carattere riformista, per sopperire alle lacune legislative.

Anche da questo punto di vista è opportuno recuperare una dimensione fisiologica dei principi costituzionali.

Il tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata è il capitolo più importante della teoria dell'interpretazione penalista e dimostra, ancora una volta, la sterilità di critiche formaliste ad un impianto costituzionale che, invece, attribuisce al giudice uno spazio ermeneutico per superare la lettera della legge, in un'ottica integrata di garanzia e certezza del diritto.

⁴⁸² Per i lavori più significativi, P. NUVOLONE, *La legge penale e la Costituzione*, Milano 1953; B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova 1955; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità sociale*, Milano 1961; A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1964.

⁴⁸³ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. XXXV.

⁴⁸⁴ Cfr. D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955; C. FIORE, *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, Roma 1988; A. PAGLIARO, *Bene giuridico ed interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, Milano 1965; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir. XIII*, Milano, 1964, 750 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

⁴⁸⁵ Cfr. G. FIANDACA. E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 16 ss.

Al tema dell'interpretazione è, invece, estraneo qualsiasi obiettivo di politica del diritto, di riforma generale del sistema. Interessante è l'esempio delle interpretazioni adeguatrici al principio di personalità della responsabilità penale delle diverse fattispecie connotate da responsabilità oggettiva nel nostro ordinamento. Nell'intento meritorio di adeguare il codice penale ai principi costituzionali si è raggiunto l'improprio obiettivo di mantenere in vita fattispecie ingiustificate attraverso acrobazie interpretative, legate al requisito della prevedibilità, in luogo della semplice ed obbligata espulsione per il tramite della Corte Costituzionale⁴⁸⁶.

Per tali ragioni è fondamentale, quale premessa per lo studio di una metodologia integrata tra dogmatica giuridica, politica criminale e teoria dell'interpretazione, il recupero di una trama di rapporti tra principi costituzionali e interpretazioni giudiziali che sia coerente con il sistema ordinamentale.

3. Ermeneutica e dinamica giudiziaria.

Posta quale premessa imprescindibile la necessità del recupero di una dinamica costituzionale, è giunto il momento di provare a delineare un possibile modello integrato tra legalità ed ermeneutica.

Le svariate tesi esaminate fino ad ora, infatti, si caratterizzano, in punto di interpretazione, per una visione monista.

La filosofia ermeneutica individua nell'interazione tra elemento fattuale e norma giuridica l'aspetto caratterizzante l'interpretazione giuridica e critica le costruzioni giuridiche fondate sul nomocentrismo, secondo le quali ogni disposizione contiene un unico significato possibile. A tale modello si ricollega, poi, in via giurisdizionale, una ricerca della verità come corrispondenza, delineato sullo schema logico del sillogismo aristotelico.

Secondo l'impostazione ermeneutica, invece, non esiste un unico significato possibile poiché il linguaggio, strumento umano artificiale adoperato quale *medium* nella dinamica giuridica⁴⁸⁷, è limitato e richiede una continua interazione col mondo reale.

⁴⁸⁶ Cfr. A. STILE, *Conclusioni*, in A.A. V.V., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli 1989, p. 571 ss.

⁴⁸⁷ Cfr. D. MARCONI, *La filosofia del linguaggio. Da Frege ai giorni nostri*, Torino 1999, p. 3 ss.

D'altronde, ed è questo il vero punto di rottura della filosofia ermeneutica, non è possibile delineare alcun significato astratto in assenza del fatto concreto da regolare⁴⁸⁸.

In assenza del fatto, la disposizione non può tramutarsi in norma.

La tesi in esame non deve essere confusa con atteggiamenti scettici di parte della dottrina filosofica che confluiscono nell'arbitrio interpretativo ovvero nella "*forza normativa del fattuale*"⁴⁸⁹.

Ammettere la pluralità dei significati normativi impliciti in una norma, da selezionare poi per il tramite del fatto concreto, non vuol dire certo consentire al giudice una selezione arbitraria né tantomeno affermare che la regolazione giuridica sia conseguenza del fatto.

Il motivo per il quale si ritiene possibile una visione metodologica integrata risiede nel fatto che anche l'ermeneutica giuridica concorda sulla necessità di una previa formale disposizione, sulla possibilità di un campo semantico delimitato; tuttavia, a tale consapevolezza, si correla un'impostazione per la quale il significato di una disposizione non è individuabile in astratto ma soltanto nella concreta interazione col fatto storico. Da tali premesse è possibile identificare un percorso comune.

Allo stesso tempo, nondimeno, è necessario rifuggire da taluni eccessi ermeneutici. In particolare, nel tentativo di elevare a modello costitutivo e regolativo l'interazione tra fatto e norma non bisogna cadere nell'errore metodologico di legittimare un modello teorico a partire dalla prassi.

La crisi della legalità in corso, e il dilagare di spazi illegittimi di diritto penale giurisprudenziale, non significa, necessariamente, mutare il volto costituzionale del nostro sistema giuridico per assecondare l'abdicazione dal principio di legalità formale.

Da un'affermazione così semplice si mette a rischio l'intero impianto costituzionale, comprensivo della separazione dei poteri, della democrazia rappresentativa, della soggezione del giudice alla legge e della garanzia formale della previa conoscibilità della legge.

Per tale motivo è possibile, ed in un certo senso doveroso, ipotizzare una diversa declinazione dei rapporti tra legalità ed interpretazione che, a partire dalle acquisizioni della filosofia ermeneutica, consente uno sviluppo ed un arricchimento metodologico del sistema costituzionale.

⁴⁸⁸ Cfr. V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, cit., p. 100 ss.

⁴⁸⁹ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900), Berlin 1922, p. 341.

Per giungere a tale risultato, in correlazione con gli sviluppi più recenti della teoria generale del reato, appare più proficua una prospettiva di lavoro che guardi il dispiegarsi della norma sul fatto secondo la concreta scansione del processo penale come disciplinato nel sistema italiano.

Implicito in una tale impostazione vi è il rifiuto di una logica monista che tenti di ridurre la complessità della dinamica giuridica ad una mera esegesi deduttiva del dato letterale oppure, allo stesso tempo, il rigetto di un potere creativo insito nell'interpretazione giuridica.

Lo studio integrato del diritto penale attraverso lo strumento del processo è foriero di diverse e proficue novità. Non avrebbe senso, infatti, imporre quali principi costituzionali la personalità della responsabilità penale, il principio di materialità e necessaria offensività, se poi vigesse un processo di stampo inquisitorio, repressivo e deformalizzato, così come anche il più garantista dei processi perderebbe spessore assiologico dinanzi a fattispecie vaghe e indeterminate⁴⁹⁰.

Le garanzie processuali integrano e completano le forme del diritto penale sostanziale, ed in particolare nella prospettiva del presente lavoro, la morfologia della fattispecie incriminatrice è influenzata dal principio di legalità processuale, e dalla sua verifica probatoria⁴⁹¹.

Il dato semplice e fondante della presente tesi è l'osservazione per cui l'interpretazione della norma giuridica, ed in particolare della fattispecie incriminatrice, avviene nel processo e per tramite del processo, con le sue forme, le sue scansioni e le sue invalidità. Limitante è anche l'idea dell'interpretazione quale opera solitaria del giudice: al processo partecipano almeno il Pubblico Ministero, l'imputato ed il suo difensore, ed ognuno di essi è portatore di una tesi giuridica, di una prospettiva ontologica e di un interesse vitale⁴⁹².

Fondamentale è, quindi, la differenziazione tra fenomenologia e logica del giudizio⁴⁹³: pur continuando a rappresentare in chiave sillogistica la decisione del giudice, è

⁴⁹⁰ Cfr. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna 2016, p. 57 ss.

⁴⁹¹ Nello stesso senso F. GIUNTA, *Legalità penale e poteri del processo*, in *Legge e potere nel processo penale. Atti del convegno, Bologna 4 e 5 novembre del 2016*, Bologna 2017, p. 21 ss.

⁴⁹² Anche dal punto di vista storico, la tipicità penale è debitrice delle forme processuali come ha dimostrato A. GARGANI, *Dal corpus iuris al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997.

⁴⁹³ V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *L'Ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., p. 26 dove si fa risalire questa distinzione al pensiero di Karl Engisch, seppur da essa si traggono conclusioni in parte diversa.

possibile descrivere la ricerca delle premesse del sillogismo in chiave ermeneutica, cercando di mettere in evidenze spazi interpretativi fisiologici e prassi illegittime.

Una tale impostazione, è utile ribadirlo, non significa aderire a concezioni creative dell'interpretazione giudiziale o legittimare un ruolo normativo della giurisprudenza. Che questo avvenga oggi ed avvenga nel processo è un mero accidente storico, frutto della crisi della legalità e delle sue premesse politiche prima ancora che giuridiche⁴⁹⁴.

Il diritto penale, infatti, è caratterizzato da una giustiziabilità necessaria⁴⁹⁵: pur svolgendo una funzione di orientamento culturale sotto forma di prevenzione generale positiva, trova applicazione soltanto nel processo.

Il processo non può, tuttavia, legittimare violazioni del principio di legalità; il processo può, tuttavia, chiarire fino a che punto la logica ermeneutica influenza la legalità.

Secondo la teoria tradizionale, bisogna distinguere tra interpretazione in astratto della fattispecie normativa, per individuare il significato normativo della disposizione normativa, e interpretazione in concreto, in cui accertare il fatto e verificare se esso rientri nel significato normativo in precedenza dedotto.

Tale modello, oltre che ad essere epistemologicamente sterile, non descrive ciò che accade realmente all'inizio di un procedimento penale.

Quando al PM giunge una notizia di reato egli non apre il codice penale alla ricerca della fattispecie incriminatrice, consultando le interpretazioni dottrinali sul punto.

Più aderente alla realtà interpretativa, nello svolgersi della dinamica giudiziale, è la tesi principale della filosofia ermeneutica dell'interazione tra elemento fattuale e norma giuridica secondo un procedimento spiraliforme.

Nella fase delle indagini preliminari, la tesi ermeneutica dell'intreccio dialettico tra *questio facti* e *questio iuris* risulta non soltanto aderente alla realtà ma anche proficua per la risoluzione di diverse problematiche giuridiche.

Una simile importazione comporta anche il rigetto, almeno nelle sue forme rigide, della diversificazione tra contesto di scoperta, lasciato alla libera intuizione del giudice, e contesto di giustificazione, sottoposto invece alle regole formali della motivazione razionale giuridica⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 134 ss.

⁴⁹⁵ Memorabile F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.* 1952, p. 167 ss.

⁴⁹⁶ Tra i tanti che seguono tale distinzione R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti*, cit., p. 21 ss.

Le teorizzazione in esame, invece, ritiene possibile indagare la formazione del giudizio giuridico fin dal suo principio, consentendo così di sviluppare anche una forma di controllo giuridico⁴⁹⁷.

La filosofia ermeneutica ha intuito, in maniera sorprendente, come all'inizio di un procedimento penale, il materiale da porre a fondamento della decisione sia ancora "grezzo"⁴⁹⁸.

La vicenda umana non è ancora un caso giuridico e la disposizione legislativa non è ancora una norma giuridica.

Il fatto diviene caso e la disposizione diventa norma l'uno grazie all'altro, in un processo di progressiva delimitazione e chiarificazione che, a nostro parere, culmina nell'imputazione a fondamento dell'azione penale.

In questa prima fase della vicenda penale, quindi, non è possibile adoperare lo schema del sillogismo e la deduzione giuridica perché le premesse del ragionamento devono ancora essere costruite.

Non ogni aspetto, infatti, della vicenda umana interessa il processo ma soltanto quegli aspetti da cui possono essere dedotte conseguenze giuridiche, in senso di tipicità, in relazione al trattamento sanzionatorio, in vista dell'applicazione delle norme processuali. È, soprattutto, la fattispecie incriminatrice ad illuminare la vicenda umana, consentendo una selezione euristica degli aspetti rilevanti. In questo processo, tuttavia, anche la vicenda umana svolge una funzione costitutiva⁴⁹⁹.

Il fatto, nella sua concreta irripetibilità, influenza l'interpretazione della fattispecie incriminatrice: prima suggerisce la scelta della norma, confrontandosi con l'orizzonte di precomprensione dei soggetti processuali e, in seguito, consente un'interpretazione della fattispecie funzionale al fatto così come accertato.

Questo procedimento, calato nella concreta dinamica giudiziale, non è immediatamente definitivo ma progressivo, instabile, soggetto a modificazioni e ripensamenti, fino tuttavia giungere ad un momento processuale in cui deve essere reso possibile un giudizio definitivo.

La filosofia ermeneutica, secondo la tesi qui in esame, ha avuto il merito storico di illuminare e chiarire il procedimento euristico delle indagini preliminari, della forma di

⁴⁹⁷ Cfr. V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, cit., p.138.

⁴⁹⁸ La metafora è di A. Kaufmann ed è riportata da V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, cit., p. 140.

⁴⁹⁹ Cfr. J. HRUSCHKA, *La costruzione del caso giuridico*, cit., passim.

pensiero del Pubblico Ministero, ed i modi attraverso cui si giunge alla formulazione dell'imputazione. È la logica della domanda a muovere *ab initio* il procedimento penale. Calandosi nella dinamica del procedimento penale, è possibile osservare come vi siano diversi momenti tipizzati in cui il PM debba svolgere un addebito provvisorio nei confronti dell'indagato. Allo stesso tempo, quest'addebito, proprio perché provvisorio, è, tuttavia, sempre modificabile e rivedibile sino alla formulazione dell'imputazione, momento terminale di una fase del procedimento penale propedeutico all'instaurazione del processo penale, all'interno del quale la modifica dell'imputazione richiede un controllo giudiziale.

Una notizia di reato, giunta all'attenzione del PM, è destinata a scontrarsi con il suo orizzonte di precomprensione, formato dalla sua concreta esperienza giudiziaria, dalla trattazione di casi simili, dall'interpretazione delle norme incriminatrici, dal rapporto con la polizia giudiziaria.

In precedenza⁵⁰⁰ abbiamo affermato come, in un sistema costituzionalmente orientato, l'orizzonte di precomprensione non possa che essere costituito dai principi costituzionali. Anche tale affermazione deontica deve essere sviluppata alla stregua della dinamica giudiziaria: la precomprensione si articola a sua volta in un procedimento logico.

Il PM si confronta, infatti, con un racconto di una vicenda umana, racconto talvolta incompleto, contraddittorio, mediato dall'intermediazione della polizia giudiziaria. Sarebbe epistemologicamente improduttivo non considerare il bagaglio di esperienze processuali del PM, la sua carriera e il concreto svolgimento di indagini.

Il PM sarà portato a dare alla vicenda umana una prima approssimativa e provvisoria qualificazione giuridica comparando la vicenda umana a casi simili già trattati⁵⁰¹. È un ragionamento di tipo comparatistico a condurre alla determinazione del PM.

La dottrina processualista⁵⁰² ha dimostrato, ormai da tempo, come la forma logica dei ragionamenti del PM sia l'abduzione: la formulazione di un'ipotesi esplicativa di un certo insieme di fatti osservati⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Vedi il capitolo precedente.

⁵⁰¹ Cfr. V. OMAGGIO- G. CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, cit., p. 179.

⁵⁰² Cfr. P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Firenze 2017, p. 220 ss.

⁵⁰³ Così è formulata da S. PIERCE, *Collected papers*, Cambridge, 1931-1958. L'abduzione è la forma del ragionamento alla Sherlock Holmes in cui si tenta di immaginare cosa possa essere successo per poi impostare le indagini alla ricerca del colpevole. Fondamentale sul punto G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di S. Pierce tra scienza e diritto*, Torino 2006.

“Se nei procedimenti deduttivi si muove dalla regola e in quelli induttivi si giunge ad essa, con l’abduzione si transita attraverso la regola”⁵⁰⁴. L’elemento di novità della filosofia ermeneutica sul punto è aver messo in collegamento l’inferenza abduttiva quale procedimento logico per l’individuazione delle premesse del ragionamento sillogistico e la precomprensione del PM.

Anche la formulazione di un mero sospetto è un procedimento che si può indagare da una prospettiva logica. In questa maniera si restituisce dignità scientifica all’attività del PM e della polizia giudiziaria, fornendo allo stesso tempo strumenti di controllo della loro attività.

Il ragionamento abduttivo, così come la comparazione casistica, è un tipo di inferenza caratterizzata dalla probabilità, a differenza della deduzione che invece consente di giungere con certezza alla conclusione partendo dalle premesse⁵⁰⁵. Proprio questo tratto probabilistico, che caratterizza quindi un ragionamento incerto perché non necessario, è ciò che consente alle indagini di andare avanti, di formulare ipotesi, di riconsiderare conclusioni e qualificazioni giuridiche. L’utilizzo della deduzione nella fase delle indagini preliminari determinerebbe la stasi della giustizia, per l’impossibilità di perseguire alcuna forma di certezza.

Questo non significa, tuttavia, che tale fase sia libera o del tutto deformalizzata: un ragionamento incerto non per questo è libero.

È proprio questo, a nostro avviso, il grande merito della filosofia ermeneutica: aver consentito una teorizzazione di una fase procedimentale fondamentale, connessa ad un principio costituzionale quale l’obbligatorietà dell’azione penale, da cui discende una possibilità di controllo e verifica.

Perpetuare una visione monista nomocentrica, in cui il richiamo alla metafora del giudice bocca della legge impedisce ogni forma di arricchimento contenutistico, anziché tutelare il principio di legalità, lascia sfornita di copertura teorica e la possibilità del controllo di un momento imprescindibile della dinamica giudiziaria.

Il codice di procedura penale, d’altronde, offre numerosi spunti esegetici per asseverare il modello ermeneutico delineato⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ A. KAUFMANN, *Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, trad. it. D. Canale, in *Ars interpretandi* 2010, p. 321 ss.

⁵⁰⁵ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume 1- Struttura e procedimento*, Torino 2017, p. 87 ss.

⁵⁰⁶ Cfr. C. SANTORIELLO, *Garantismo*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 2003, p. 553 ss.

In relazione alla denuncia, quale tipica modalità di assunzione della notizia di reato, l'art. 332 c.p.p.⁵⁰⁷ richiede “*l'esposizione degli elementi essenziali del fatto e indica il giorno dell'acquisizione della notizia nonché le fonti di prova già note*”. Seppur l'assenza di tali elementi non incida sull'idoneità a determinare l'avvio del procedimento penale, il codice di rito auspica un primo inquadramento della vicenda umana, seppur nella prassi filtrato dalla polizia giudiziaria. La norma, infatti, non richiede l'esposizione di qualsiasi elemento di fatto ma soltanto di quelli essenziali, a prova del fatto che vige un'enorme differenza tra vicenda umana e caso giuridico. Quest'opera di selezione non può che essere intermediata da un'ipotesi di qualificazione giuridica provvisoria⁵⁰⁸.

Qualora, poi, la notizia di reato non sia stata raccolta personalmente dal PM, l'art. 347 c.p.p. obbliga la polizia giudiziaria a riferire al PM, senza ritardo, “*gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti*”⁵⁰⁹. La riforma del 1992 ha eliminato l'obbligo della trasmissione dell'informativa di reato nell'arco di 48 ore ed ha introdotto un generico richiamo ad una immediatezza senza ritardo. Anche quest'aspetto è rilevante: l'intermediazione di uno scarto temporale è propedeutica ad una deflazione di indagini rispetto a notizie non circostanziate e prive di riscontro, a dimostrazione della necessità della costruzione di un caso giuridico a partire da una vicenda umana.

Nel momento in cui il PM riceve la notizia di reato, sorge un obbligo di iscrizione nell'apposito registro, con eventuale annotazione del nome dell'indagato, se conosciuto. L'art. 335 c.p.p., secondo comma, chiarisce come “*se nel corso delle indagini muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni*”⁵¹⁰. È una norma dell'importanza basilare nell'economia della tesi in esame.

Si mostra chiaramente come la fase delle indagini preliminari sia connotata da una provvisorietà della qualificazione giuridica e della costruzione del caso, dalla necessità

⁵⁰⁷ Cfr. P. CORSO, *Le indagini preliminari*, in M. PISANI, A. MOLARI, V. PERCHIUNNO, P. CORSO, *Manuale di procedura penale*, Bologna 1997, p. 341 ss.

⁵⁰⁸ Medesimo ragionamento è replicabile per la querela, a cui si aggiunge l'esternazione della volontà della persona offesa alla instaurazione delle indagini preliminari, in quanto condizione di procedibilità.

⁵⁰⁹ Cfr. A. ZAPPULLA, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 503 ss.; ID, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino 2012.

⁵¹⁰ Cfr. I. FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 538 ss.

di un continuo riscontro dell'ipotesi del Pubblico Ministero (la sua precomprensione), dalla mutevolezza delle situazioni. L'art. 335 c.p.p. non si riferisce soltanto alla qualificazione giuridica ma anche ad una diversa connotazione del fatto, a dimostrazione di come questa fase sia caratterizzata da un dispiegamento continuo e reciproco di norma e fatto.

Il pubblico ministero, inoltre, può essere chiamato più volte, nel corso delle indagini preliminari, a svolgere un addebito provvisorio nei confronti dell'indagato, senza per questo esserne definitivamente vincolato.

Ad esempio, ogni qual volta il pubblico ministero si accinge a compiere un atto garantito, ossia quegli atti a cui il difensore ha diritto di assistere previo avviso, deve inviare alla persona sottoposta alle indagini ed alla persona offesa un'informazione di garanzia con "*indicazione delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto*", come puntualizza l'art. 369 c.p.p.

Allo stesso modo, ed in maniera più incisiva, quando il pubblico ministero invita l'indagato a rendere interrogatorio, formula un invito a presentarsi che contiene, *ex art. 375 co. 3, "la sommaria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute"*⁵¹¹.

Il codice con premura pone l'accento sulla provvisorietà e l'instabilità dell'addebito, visto che sottolinea, implicitamente, come l'ulteriore corso delle indagini potrebbe causare una valutazione differente.

Non sono soltanto ragioni di tutela che spingono il legislatore a tracciare il carattere cangiante dell'addebito. Il pubblico ministero non è vincolato in alcun modo dai diversi atti prima citati. A fondamento dell'impostazione codicistica si pone la consapevolezza dell'incidenza delle attività di indagine sull'individuazione del diritto e sulla formulazione di un'ipotesi accusatoria.

Ricevuta la notizia di reato, iscritta sul registro con una provvisoria qualificazione giuridica, il pubblico ministero svolge le indagini in maniera unilaterale, salvo ipotesi di incidente probatorio, coadiuvato dalla polizia giudiziaria: dall'iniziale ipotesi ricostruttiva, formata attraverso l'interazione tra la precomprensione e l'attività logica abduittiva, il pubblico ministero forma un'ipotesi che consente di ritagliare dalla vicenda umana alcuni aspetti significativi alla luce della fattispecie incriminatrice prescelta. In seguito, tuttavia, l'attività di indagine, probatoria in senso lato, può condurre a modificare l'impostazione accusatoria a causa dell'emergere di profili prima assenti;

⁵¹¹ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 235 ss.

questi nuovi aspetti rilevati, a loro volta, interagiscono con una nuova fattispecie giuridica o con un nuovo inquadramento, in un processo continuo spiraliforme. Da qui nasce la necessità di diversi addebiti provvisori e della loro continua modifica.

La filosofia ermeneutica trova nella fase delle indagini preliminari una perfetta corrispondenza simmetrica: interazione tra vicenda umana e norma giuridica; carattere euristico della categoria della precomprensione; influenza reciproca tra *questio facti* e *questio iuris*; ragionamento di tipo abduttivo.

Un simile procedere deve, però, giungere ad un punto terminale: una perenne instabilità, per quanto filosoficamente affascinante, ostacola la formazione di un giudizio, sottoponendo la libertà personale dell'indagato ad un immane rischio.

Un primo momento significativo è fotografato dall'art. 415 *bis* c.p.p.⁵¹². Il pubblico ministero, qualora intenda esercitare l'azione penale, deve notificare alla persona sottoposta ad indagini, al suo difensore e, in taluni casi, alla persona offesa, l'avviso di conclusioni delle indagini preliminari, contenente “*la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che sia assumono violate, della data e del luogo del fatto*”.

L'avviso di conclusione delle indagini preliminari svolge una fondamentale funzione garantista, giacché l'indagato potrebbe essere ancora del tutto ignaro del procedimento a suo carico, avendo soltanto ora la possibilità di articolare una strategia difensiva e prendere visione della documentazione concernente le indagini espletate.

Questo è il motivo per il quale, rispetto ai precedenti casi, il codice richiede una maggiore, seppure ancora non definitiva, analiticità: la prospettiva è duplice, perché coinvolge l'enunciazione del fatto e delle norme che si assumono violate. *Questio iuris* e *questio facti* iniziano ad avere una propria individualità.

Il momento terminale di questo progressivo affinamento dell'ipotesi accusatoria giunge con la formulazione dell'imputazione tramite l'atto di esercizio dell'azione penale.

Il pubblico ministero, qualora ritenga che gli atti raccolti siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio (*a contrario ex* art. 125 disp. att. al codice di rito⁵¹³), esercita obbligatoriamente l'azione penale e formula l'imputazione, ossia “*l'enunciazione, in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono*

⁵¹² Cfr. N. MENNUNI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nei procedimenti alternativi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 606

⁵¹³ Cfr. G. DEAN, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano 1996.

comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge" e l'indicazione delle fonti di prova⁵¹⁴.

È questo un momento chiave del procedimento penale, che segna l'ingresso nel processo penale, e rappresenta il crocevia di diverse istanze costituzionali.

Indicativo è già il presupposto per l'esercizio dell'azione penale: il pubblico ministero può compiere un giudizio prognostico sull'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio solamente se ha ben chiaro l'impostazione accusatoria. Il giudizio prognostico richiede un oggetto delimitato e, quindi, la conclusione di quel procedimento spiraliforme di cui sopra. Ancor più importante è la disciplina della formulazione dell'imputazione.

Il codice di rito impone al pubblico ministero uno sforzo linguistico e giuridico notevole: non si richiede una sommaria enunciazione, né la sola indicazione degli articoli di legge violati, bensì la formulazione, chiara e precisa, non solo del fatto ma anche delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione delle misure di sicurezza, ossia di tutto ciò che può mettere in pericolo la libertà personale dell'imputato.

In correlazione, l'art. 187 c.p.p. individua l'oggetto della prova nel processo penale nei fatti che si riferiscono all'imputazione, all'imputabilità, alla determinazione della pena o delle misure di sicurezza e dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (oltre che all'eventuale azione civile).

È una logica che si conferma di continuo: con l'esercizio dell'azione penale viene delimitato l'oggetto del processo, tendenzialmente immutabile, e si instaura un rapporto processuale dai contenuti concreti e specifici.

Il codice adopera l'endiadi "chiara e precisa": è una norma dall'importanza sistemica, ricollegandosi al principio di obbligatorietà dell'azione penale, al principio di legalità *sub specie* di determinatezza e tassatività, al principio della separazione dei poteri⁵¹⁵.

La formulazione dell'imputazione in forma chiara e precisa pone fine alla ricerca del pubblico ministero delle premesse del sillogismo accusatorio, principiato dall'acquisizione della notizia di reato⁵¹⁶. Da questo momento in poi è il principio di

⁵¹⁴ Il riferimento del presente esempio è la richiesta di rinvio a giudizio ex artt. 416 – 417 c.p.p. Il discorso, tuttavia, non muta con riferimento ai diversi modi di esercizio dell'azione penale in correlazioni con i riti speciali previsti dal legislatore. Semmai, in quel caso il tema, affascinante e complesso, è quello della giustizia negoziata, su cui v. S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli 1998.

⁵¹⁵ Cfr. G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino 2016.

⁵¹⁶ Cfr. F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016.

stretta giurisdizionalità ad entrare in scena. Le acquisizioni dell'ermeneutica giuridica non possono andare oltre, non è più consentita quella continua interazione e revisione della strategia accusatoria.

Non è soltanto il principio di legalità ad imporre una soluzione del genere. In combinato disposto, il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio in senso forte quale metodo di formazione della prova impongono a quel procedimento a spirale di combinazione tra fatto e norma un momento conclusivo tendenzialmente definitivo.

L'imputato ha il diritto di difendersi verso un'ipotesi ricostruttiva in fatto e la sua correlativa qualificazione giuridica, senza che debba aspettare le motivazioni della sentenza per comprendere di cosa sia accusato. Il suo diritto a chiedere l'acquisizione di fonti di prova ed a confutare la prospettazione dell'accusa sarebbe menomato nel caso in cui si riconoscesse al giudice, in prosecuzione del procedimento prima descritto, una codeterminazione di senso della fattispecie incriminatrice attraverso i risultati dell'attività probatoria in senso stretto.

Allo stesso modo, il principio del contraddittorio, come imposto dall'art. 111 Cost., richiede il confronto tra due ipotesi diverse, alla luce della presunzione di non colpevolezza dell'imputato⁵¹⁷.

Il confronto tra due tesi, su cui articolare l'attività probatoria, richiede la loro definitività e chiarezza. Altrimenti il ragionamento del giudice sarebbe inficiato nelle sue premesse⁵¹⁸.

Il principio di separazione delle fasi processuali, che si estrinseca in quell'atto manifesto che è il fascicolo del dibattimento, rappresenta non soltanto il precipitato tecnico del principio del contraddittorio ma anche la distinzione tra due modelli epistemologici diversi⁵¹⁹. La fase delle indagini preliminari, connotata da una tendenziale unilateralità, si presta ad essere compresa attraverso gli schemi euristici dell'ermeneutica; la fase del dibattimento, invece, non può che essere piegata alla logica della deduzione ed al principio di legalità in senso formale, pena l'abdicazione da un impianto garantistico a tutela dell'imputato previsto dalla Carta Costituzionale attraverso gli artt. 24- 101- 111- 112.

Con una metafora, si può descrivere il dibattimento come il tentativo di falsificazione in senso popperiano dell'ipotesi accusatoria formulata in forma chiara e precisa nell'imputazione.

⁵¹⁷ Cfr. P. TONINI, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. e processo* 2008, p. 12 ss.

⁵¹⁸ Cfr. C. SANTORIELLO, *Garantismo*, cit., *passim*.

⁵¹⁹ Cfr. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema penale*, Milano 1975.

Ulteriori argomenti legislativi e giurisprudenziali confermano siffatta impostazione.

Basterebbe citare i controlli giudiziali sulla modifica dell'imputazione, sia in sede di udienza preliminare che in sede di dibattimento, per cogliere come sia diversa la logica rispetto alle fasi in cui si articola il procedimento penale: nelle indagini preliminari assenza di controlli e continua modificabilità, invece durante il dibattimento limiti e riconoscimento del diritto di difesa.

In sede di udienza preliminare è di fondamentale importanza la pronuncia delle Sezioni Unite n. 5307 del 2008⁵²⁰, con la quale si è stabilito che in caso di genericità o indeterminatezza dell'imputazione, il G.U.P. può invitare il pubblico ministero a precisare l'imputazione ex art. 423 c.p.p. In caso di inerzia del PM, il giudice è legittimato a pronunciare la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e contestualmente rimettere gli atti al PM affinché proceda ad un nuovo esercizio dell'azione penale, in modo aderente alle acquisizioni delle indagini.

Oltre a porre in primo piano la centralità dell'imputazione e della sua formulazione in forma chiara e precisa, la sentenza individua un principio di immanenza del controllo dell'imputazione da parte del giudice, a partire dall'udienza preliminare⁵²¹.

Ancor più significativa e, per certi versi, preoccupante è la nota vicenda Drassich⁵²².

Il tema è quello del contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto contestato. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato una lesione dell'art. 6 Cedu laddove l'art. 521 c.p.p. consente al giudice di dare una diversa definizione giuridica al fatto diversa da quella enunciata nell'imputazione, senza attivare alcuna forma di contraddittorio sul punto.

Centrali alcuni passaggi argomentativi della sentenza. In materia penale, secondo la Corte Edu, “ *un'informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti, è una condizione fondamentale dell'equità del processo*”. L'imputato ha il diritto di preparare la sua difesa e di conoscere in tempo le accuse giuridiche nei suoi confronti: “*se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati*

⁵²⁰ Cass. pen., sez. un. 2008, n. 5307, pubblicata in Cass. pen. 2008, con nota di L. PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, p. 2318 ss.

⁵²¹ Non sono, ovviamente, estranee alla sentenza ispirazioni di economia processuale e non dispersione delle attività di indagine che, tuttavia, non depotenziano il messaggio latente nella motivazione.

⁵²² Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. 11 dicembre 2007, n. 25575, pubblicata in *Dir. Pen. e processo*, 2009, con nota di G. GARUTI, *Contestazione della natura e dei motivi dell'accusa*, p. 117 ss.

regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utili non solo dei motivi dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti".

Il sostrato assiologico che sorregge la motivazione riguarda il diritto di difesa. Proprio perché il diritto ha un valore performativo sulla realtà, l'imputato ha il diritto di difendersi anche in diritto e di confrontarsi con la tesi giuridica dell'accusa⁵²³.

Il riconoscimento di un valore al caso concreto e della sua influenza sulla configurazione giuridica non può essere inteso soltanto in direzione favorevole all'accusa: al riconoscimento di un maggiore potere interpretativo consegue una maggiore responsabilità ermeneutica⁵²⁴. L'imputato ha il diritto di conoscere la qualificazione giuridica dei fatti prima della redazione della sentenza e non soltanto dopo, perché egli ha il diritto di tentare di influire sul punto tramite le proprie argomentazioni.

Proprio la consapevolezza del coinvolgimento del diritto di difesa dell'imputato rende più incomprensibile il mancato intervento del legislatore, il quale ha lasciato il compito alla giurisprudenza di individuare un rimedio alla violazione in esame.

Come noto, la Corte Costituzionale, attraverso una sentenza manipolativa, ha delineato una nuova ipotesi di revisione della sentenza, del tutto eterogenea rispetto alla logica che muove il mezzo di impugnazione straordinario in esame⁵²⁵. Si tratta di un rimedio, tuttavia, successivo, a lesione avvenuta.

La mancata individuazione, invece, di un rimedio preventivo ha consentito alla giurisprudenza di fornire risposte mutevoli nel tempo, anche attraverso generici richiami ad un atteggiamento restrittivo, salvo comunque consentire la riqualificazione operata in sentenza dal giudice di primo grado⁵²⁶.

È questa, tuttavia, un'ipotesi problematica, degna di riconsiderazione dal momento in cui si individua nell'imputazione l'estrinsecazione in sede processuale del principio di

⁵²³ Cfr. S. BELTRANI, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 38 ss.

⁵²⁴ Cfr. G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *Dir. pen. e processo* 2009, p. 1515 ss. anche in relazione al diverso modo di intendere il principio *iura novit curia* da parte del formante europeo.

⁵²⁵ Per la sentenza della Corte Costituzionale ed il suo confronto con gli ordinari casi di revisione, cfr. P. TONINI, *Lineamenti*, cit., p. 547 ss.

⁵²⁶ Per una disamina dei vari orientamenti formati v. S. BELTRANI, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, cit., p. 39 ss.

legalità e, allo stesso tempo, si riconosce un valore performativo e conformativo alla qualificazione giuridica.

Occorre ribadire, pertanto, come la formulazione dell'imputazione costituisca non solo il momento in cui, formalmente, il procedimento penale diviene processo; segna, anche, adesso sì, un mutamento di paradigma, di modello epistemologico. È lo schema cognitivo che prende il sopravvento.

Il modello costituzionale e normativo, denominato da autorevole dottrina di stretta giurisdizionalità⁵²⁷, disegna un processo di accertamento di natura cognitiva. Il giudice accerta e non condetermina la verità processuale della tesi dell'accusa, sottoposta a tentativo di falsificazione dalla difesa. Se il tentativo di falsificazione genera anche soltanto un dubbio, purchè ragionevole, è la sentenza di assoluzione l'epilogo necessario del processo penale.

Il processo penale non può regolare la materia penale, deve bensì accertarla e verificarla. I corollari processuali sono molteplici, dal principio del contraddittorio sino al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, espressione della presunzione di non colpevolezza.

Ancor più in alto, tuttavia, si pone il principio di legalità, le sue *rationes* politiche e la sua funzione politico criminale volta alla tutela della libertà personale.

Tra legalità e giurisdizionalità esiste una correlazione necessaria, per la quale una carenza dell'una si rifletta sull'efficacia dell'altra: ogni crepa nel modello cognitivo del processo penale genera una lesione al principio di legalità.

La logica del principio di determinatezza esige, pur con tutti i suoi limiti, la “*logica successione di premessa, sussunzione e conclusione*”⁵²⁸.

Le indagini preliminari, la filosofia ermeneutica, il procedimento a spirale sono funzionali alla preparazione delle premesse del giudizio sussuntivo: dalla formulazione dell'imputazione, è la logica deduttiva a governare l'accertamento giudiziario.

Il modello cognitivo dell'epistemologia giudiziaria non è una garanzia assoluta di verità. La logica deduttiva assicura la verità formale delle conclusioni; è la qualità materiale delle premesse a garantirne la veridicità.

Si tratta, come ogni modello, di un'ipotesi prescrittiva che funge da limite, la cui responsabilità è indirizzare nel maggior grado possibile la realtà.

⁵²⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 9.

⁵²⁸ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 59.

“L’idea di un perfetto sillogismo giudiziario che consenta la verifica assoluta dei fatti legalmente punibili corrisponde [...] a un’illusione metafisica: infatti, sia le condizioni di uso del termine vero che i criteri di accettazione della verità nel processo richiedono inevitabilmente decisioni dotate di margini più o meno estesi di discrezionalità”⁵²⁹.

“Eppure, nonostante la sua infondatezza gnoseologica, quel modello della giustizia facile, pronta, imparziale [...] resta pur sempre un modello normativo, per così dire regolativo e ideale, non realizzabile perfettamente come tutti i modelli normativi, e tuttavia realizzabile in maggiore o minore misura a seconda delle garanzie penali e processuali adottate. Giacché queste garanzie altro non sono che la traduzione in norme giuridiche di elementari principi della logica induttiva: la tassatività e perciò la verificabilità empirica delle ipotesi accusatorie, l’onere della prova a carico dell’accusa, cioè la necessità di produrne conferme, il diritto di difesa, cioè l’esposizione alla falsificazione quale banco di prova della plausibilità dell’accusa, il contraddittorio, la pubblicità e l’oralità del giudizio e l’indipendenza dell’organo giudicante, quali requisiti di ogni corretto accertamento della verità processuale. [...] Quel modello illuminista del giudice bocca della legge e del giudizio come accertamento fornisce quindi, ancor oggi, se convenientemente riformato, la prima principale fonte di legittimazione del potere giudiziario, o quanto meno del suo grado di legittimazione, identificabili con l’effettività, o quanto meno con il grado di effettività, delle garanzie che presiedono al giudizio”⁵³⁰.

Abdicare ad un tale modello, rinunciare alla sua attuazione in nome della prassi e della forza costituiva del caso concreto, significherebbe tradire il volto costituzionale del diritto penale, la distinzione tra diritto e morale e la separazione tra poteri.

Il problema che l’attuale fase storica pone non è, nella prospettiva in esame, un mutamento di paradigma culturale di riferimento, che per tradursi in opzioni normative comunque richiederebbe una revisione della Carta Costituzionale, bensì quello di assicurare l’effettività pratica di tale modello attraverso l’elaborazione di tecniche e principi vincolanti, nella consapevolezza che, trattandosi di un modello regolativo ed ideale, non consente un’integrale attuazione bensì soltanto un certo grado di effettività.

⁵²⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 10.

⁵³⁰ L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. CHIODO – D. PULITANO’ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra poteri*, Milano 2013, p. 21.

Ogni modello di processo penale, e con esso il ruolo del giudice, implica un correlativo modello di diritto penale; legalità e giurisdizionalità si presuppongono a vicenda.

Il vincolo del giudice alla legge non esige certo una configurazione dell'organo giudicante quale elaboratore di sillogismi perfetti. Gli spazi ermeneutici sono disseminati nel percorso processuale, dall'interpretazione della legge sino alla verifica dei fatti. La soggezione, invece, del giudice alla legge individua semplicemente un dato di rottura⁵³¹, ossia il limite entro il quale tali spazi ermeneutici sono legittimi. Superata tale misura si apre l'arbitrio e finisce il diritto.

4. Le qualità ermeneutiche della fattispecie. L'unitarietà dei metodi di interpretazione: tipo, fattispecie e modalità di aggressione al bene giuridico. La funzione politico criminale del fatto tipico.

La dinamica giudiziaria, alla luce di quanto espresso, può essere interpretata e ricostruita tramite modelli epistemologici diversi ma coniugabili, dimostrando come l'incedere dell'ipotesi accusatoria debba trovare nella formulazione dell'imputazione un momento conclusivo.

La ricerca delle premesse del giudizio sillogistico è opera delicata e influenzabile da diversi fattori; lo svolgimento del processo e l'emanazione della sentenza, non ammettono, invece, stante i valori in gioco, influenza alcuna da procedimenti ermeneutici incerti. La falsificazione dell'ipotesi accusatoria, tramite un giudizio di corrispondenza tra fatto come accertato e fattispecie incriminatrice come interpretata, è l'unico modello cognitivo compatibile con il sostrato assiologico costituzionale.

Con questo non si vuol negare, come più volte è stato sottolineato, la presenza di spazi ermeneutici legittimi disseminati nel corso del processo. Allo stesso tempo, è naturale come lo schema logico formale della sussunzione non assicura la veridicità delle conclusioni: è la qualità delle premesse materiali ad influenzare il giudizio sulla conclusione.

In quest'ottica, tuttavia, è necessario confrontarsi con il secondo architrave della costruzione ermeneutica: il carattere analogico dell'interpretazione che, attraverso l'intermediazione del tipo normativo, necessariamente determina un arricchimento creativo della disposizione da interpretare.

⁵³¹ Nello stesso senso D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale. Atti del convegno, Bologna 4 e 5 novembre del 2016*, Bologna 2017, p. 44.

Tale problematica non può essere risolta soltanto attraverso la scansione processuale: è un tema di principi costituzionali.

La questione è la riconoscibilità o meno di un valore creativo dell'interpretazione giuridica, necessario a causa dell'irripetibilità del fatto storico e delle sue concrete caratteristiche, che esigono un adattamento e, eventualmente, una correzione della legge per motivi di equità.

Intorno a tale quesito si condensano una serie di problematiche intermedie quali la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia vietata; l'ambito applicativo del principio di tassatività; il ruolo dell'interpretazione teleologica ed il significato del bene giuridico nel procedimento ermeneutico; l'essenza della fattispecie incriminatrice ed il suo rapporto con il tipo normativo.

L'oggetto principale delle critiche espresse è individuato in un modello di interpretazione penalistica influenzato dai dogmi dell'illuminismo. Il carattere vincolante del testo legislativo e il conseguente formalismo interpretativo implicito nel richiamo al carattere cognitivo del processo penale ed al ruolo istituzionale del giudice quale esecutore della volontà della legge sono ritenuti postulati ingombranti e anacronistici, come tale inadeguati a descrivere e comprendere la dinamica dell'interpretazione giuridica.

Il discorso è diversamente declinato secondo la prospettiva del singolo autore. Tuttavia, vi sono ricorrenti alcune consapevolezze e proposte ermeneutiche.

In via preliminare, nel riconoscimento di un carattere creativo dell'atto interpretativo, si distinguono gli orientamenti scettici dell'interpretazione, che dissolvono il diritto legale nell'aspettativa di potere del giudice, dagli orientamenti moderati, oggetto di analisi nel presente lavoro, in cui il termine creazione viene sviluppato in senso debole. In quest'ultimo senso, il termine creazione attiene alla possibilità di una scelta legittima tra più significati dell'enunciato normativo⁵³².

La maggior parte della dottrina penalista si riconosce in questo secondo significato del termine creazione⁵³³ e ritiene legittima la formazione di un diritto di origine giurisprudenziale, inteso quale creazione di norme particolari a partire dal testo normativo, in vista della disciplina di costellazioni di casi socialmente tipici.

Diverse sono le conseguenze di carattere sistemico, a cominciare dal ruolo del testo legislativo.

⁵³² La distinzione si deve a R. GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, Milano 2011, p. 27 ss.

⁵³³ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 134 ss.

Quest'ultimo viene inteso non più come regolamento vincolante, bensì quale progetto di senso da verificare alla luce del caso concreto⁵³⁴.

L'interprete giudice acquisisce pertanto un ruolo istituzionale che gli consente di emanciparsi dal testo di legge, stante l'incapacità del linguaggio di vincolare realmente ad un preciso significato, al fine di verificare continuamente l'adeguatezza del tessuto normativo alle esigenze della vita.

Il giudice, più che interpretare un testo, narra un contesto di tutela, determinandosi uno *"iato tra interpretazione e visione"*⁵³⁵.

All'interno del percorso ermeneutico sono disseminati atti di scelta oltre che atti di intelletto, che rendono problematica ed inattuale la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia vietata. Al fondamento di qualsiasi procedimento ermeneutico vi è un meccanismo comparativo tra il caso da regolare ed i casi già regolati, in via legale o giurisprudenziale, valutando caratteristiche comuni e noti distoniche. La regolazione sarà il prodotto di tale comparazione: l'interpretazione è un'analogia mediata dal tipo normativo.

Favorisce certamente un tale movimento dottrinale l'attuale crisi endemica della legislazione penale.

La crisi della razionalità politica, correlata ad un decadimento scientifico della scienza legislativa, sembra imporre una diversa valutazione dell'ermeneutica giuridica.

Nell'indeterminatezza del testo non vi è interpretazione ma creazione delegata (impropriamente). Una simile tendenza, oltre i mali già minacciati, asseconda una flessibilizzazione delle categorie giuridiche e dei confini della fattispecie incriminatrice, individuando nel testo giuridico un mero valore programmatico che trova forma definitiva nella sentenza del giudice penale. Dal punto di vista teorico, anche se forse involontariamente, l'esaltazione dell'irripetibilità del caso concreto e delle sue esigenze di giustizia incoraggia una tendenza alla deformalizzazione del diritto penale, aprendo la via ad una eterointegrazione giudiziale ritenuta legittima e legittimata⁵³⁶.

È stato già affrontato il motivo per il quale la formalizzazione assunta nel diritto penale un valore irrinunciabile e privilegiato rispetto ad altri rami dell'ordinamento⁵³⁷. In

⁵³⁴ Cfr. V. MANES, *Il ruolo poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.* 2014, p. 1918 ss.

⁵³⁵ La metafora è di M. GALLO, *Danneggiati ed offesi*, in F. Vinciguerra – S. Dessano (a cura di), *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli 2010, p. 378.

⁵³⁶ Cfr. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 20 ss.

⁵³⁷ V. il paragrafo conclusivo del precedente capitolo.

questo momento è, invece, necessario individuare i reali confini dell'ermeneutica giudiziale e del ruolo del giudice penale.

Il dato iniziale non può che essere rappresentato dal modello sussuntivo che assume il giudizio penale. È una conseguenza, questa, della struttura del nostro ordinamento. Molte delle critiche espresse, come visto, sono rivolte ad un presunto modello legalista che pone in risalto la volontà del legislatore ed impedisce al giudice qualsiasi ruolo dinamico o di garanzia.

Non è questa, tuttavia, l'essenza del nostro modello costituzionale e della metodologia ad essa connessa. L'innescarsi dei principi costituzionali e l'emergere della categoria del diritto legale ingiusto⁵³⁸ ha frantumato il modello epistemologico illuminista, fondato anche su ragioni storiche diverse dalle attuali.

Il giudice penale non può essere macchina di automatismi sussuntivi: esso è chiamato ad un costante ruolo di critica costituzionale del testo legislativo e di adeguamento, nei limiti del testo, ad un significato assiologicamente superiore. A quest'opera complicata si aggiunge, in maniera subordinata, secondo la nostra opinione⁵³⁹, la delicata manovra ermeneutica di raccordo con gli ordinamenti sovranazionali.

Individuare quale oggetto di critica, pertanto, un presunto legalismo è funzionale ad una strategia argomentativa che punta ad un diverso obiettivo ovvero, nella migliore delle ipotesi, ad un totale fraintendimento dell'attuale giuspositivismo.

Il significato più autentico del giuspositivismo è stato individuato, infatti, nell'esclusione di qualsiasi forma di eterointegrazione⁵⁴⁰. La necessità nella strutturazione della fattispecie della presenza di elementi descrittivi che richiamino una realtà empirica definita, associati ad elementi assiologici chiari nel loro nucleo, consente di escludere il rinvio a fattori ontologici o valoriali da parte del giudice⁵⁴¹.

In questo senso, paradossalmente, il primo problema dell'interpretazione è proprio la scarsa qualità della legislazione.

L'utilizzo indiscriminato di clausole generali, la vaghezza dei testi normativi, l'indecisione politica sulla realtà criminologica, aprono la via alla creazione giudiziale e disintegrano il principio di frammentarietà.

⁵³⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma- Bari 2013.

⁵³⁹ Come affermato nelle conclusioni del secondo capitolo.

⁵⁴⁰ A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p. 27 ss.

⁵⁴¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli 2016.

La concezione della legalità insita, invece, nei principi costituzionali richiede una diversa via legislativa, caratterizzata da tipi criminosi che divengono fattispecie incriminatrici, strutturate intorno ad una empiria densa e verificabile.

In assenza di definizioni normative vincolanti, come nel caso della prostituzione, non è certo l'interpretazione della fattispecie il problema giuridico da affrontare. L'interpretazione richiede un oggetto linguistico da interpretare: nella pur legittima distinzione tra fattispecie a forma aperta e fattispecie a forma vincolata, il legislatore deve fornire note modali vincolanti, che consentano all'interprete una contestualizzazione della fattispecie.

Nell'indeterminatezza, invece, non vi può essere deduzione né sussunzione: per questo, nella prassi, è difficilmente individuabile una trama argomentativa strutturata intorno ad uno schema logico formale.

Il senso di una ricerca non può, tuttavia, arrestarsi dinanzi ad una devianza patologica del fenomeno indagato. Ed invero, le proposte della filosofia ermeneutica, seppur traggono spunto dalla prassi, si presentano quale modello fisiologico alternativo, la cui bontà prescinde dall'esame delle condizioni di crisi della legalità penale.

Per questo motivo, onde respingere un modello culturale alternativo al paradigma penale costituzionale, è necessario coniugare la ricerca sugli elementi costitutivi della metodologia penale al fine sia di un arricchimento attraverso le scoperte ermeneutiche, sia di un rifiuto di un paradigma alternativo.

*“ L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione [...] contribuisca ad accrescere squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra- ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge”*⁵⁴².

La scienza giuridica deve assumersi la responsabilità del metodo, nella consapevolezza del valore performativo del diritto e della sua metodologia. Asserire un carattere creativo della giurisprudenza vuol dire abdicare dal modello giuspositivista delineato dalla Carta Costituzionale e con esso al ruolo della politica, a prescindere dai suoi protagonisti.

⁵⁴² L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 16.

Diverso, invece, è tentare la via della conciliazione tra le cause che si pongono a fondamento della complessità odierna, le responsabilità ermeneutiche dell'interprete e il rispetto di un modello costituzionale prescrittivo.

Il significato del principio di legalità non può che essere il preludio di un tale tentativo. La legalità non può essere confusa con un principio di ordine materiale: la legalità, da sola, non impone contenuti ma forme⁵⁴³. Non è un caso che anche nelle esperienze di regimi totalitari, il principio di legalità ha continuato a costituire un vessillo argomentativo⁵⁴⁴.

Il senso proprio, invece, del principio di legalità è la predeterminazione astratta, la formalizzazione di un quadro della vita, il vincolo alla decisione giudiziaria, in ossequio all'esigenza positivistica di inibizione di forma di eterointegrazione.

Ciò non significa sottovalutare il ruolo della giurisdizione o proporre un'epistemologia ingenua che copra la realtà con postulati non verificabili, impedendo il progredire della scienza giuridica.

Una tale visione delle legalità implica, piuttosto, una posizione della giurisdizione intermedia, la quale si confronti con un dato normativo da modellare sul caso concreto. La realtà e la norma sono i due poli di riferimento dell'esegesi giurisdizionale⁵⁴⁵.

Per indagare i confini di tale ruolo è necessario intercettare il dibattito sui criteri interpretativi, al fine di tracciare i confini di un'epistemologia che sia al medesimo tempo deontologica e realista.

Attraverso gli insegnamenti della Pandettistica⁵⁴⁶, si suole identificare quattro metodi di interpretazione: letterale, sistematica, storico, teleologico.

Il legislatore italiano ha codificato il risultato di questa tradizione giuridica nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile: "il significato proprio delle parole", "la connessione di esse" e "l'intenzione del legislatore" costituiscono i tre criteri privilegiati della legge, anche nel diritto penale⁵⁴⁷.

Chi intenda, tuttavia, scorgere in questa norma le risposte ad ogni quesito ermeneutico andrebbe inesorabilmente deluso. L'art. 12 non fornisce una gerarchia tra tali criteri e, soprattutto, non individua un apparato di regole atte a soddisfare i criteri previsti.

⁵⁴³ Celebre è l'affermazione di P. CALAMANDREI, *Prefazione*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (ed. Livorno 1766), Firenze 1945, p. 92, secondo la quale "nello stampo della legalità si può calare oro o piombo".

⁵⁴⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 162 ss.

⁵⁴⁵ Cfr. G. ZAGRELBESKY, *Il diritto penale*, Torino 1992, p. 180 ss.

⁵⁴⁶ In particolare, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Romsichen Rechts*, Berlin 1840, p. 212 ss.

⁵⁴⁷ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 126 ss.

Il senso letterale della disposizione, come visto nell'intero percorso teorico, è oggetto di vivaci critiche che risultano connesse all'attuale stato di crisi della scienza della legislazione ed ai limiti strutturali del linguaggio comune a vincolare davvero l'interprete.

Si è già espressa l'esigenza di una strenua difesa del testo giuridico nel diritto penale. Non si ritiene, certo, il testo normativo capace di fornire sempre e comunque una risposta esatta e certa al quesito ermeneutico: tuttavia, un testo giuridico è sicuramente in grado di affermare, con esattezza, l'illegittimità di un'opzione ermeneutica.

L'interprete che abbandona la lettera del testo versa sicuramente nella sfera dell'illegittimo⁵⁴⁸.

Il criterio logico sistematico in diritto penale beneficia di una certa popolarità e consonanza di apprezzamenti. In questo versante rientra, d'altronde, l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, veicolo dei principi costituzionali all'interno di un *corpus* normativo antecedente rispetto all'entrata in vigore della Carta Costituzionale.

Tuttavia, ed è questo il punto di maggiore interesse, sono il criterio storico e quello teleologico a segnare il dibattito penalistico.

Il criterio storico, inteso quale intenzione prescrittiva del legislatore, costituisce l'oggetto simbolico del movimento di critica al modello sussuntivo. L'idea di un vincolo alla volontà del legislatore rappresenta un dato che non trova più un valido sostegno teorico nell'attuale coscienza giuridica.

Si annidano in tale atteggiamento, tuttavia, due equivoci.

Come chiarito in precedenza, l'irrompere del movimento costituzionalista ha frantumato l'idea di un vincolo del giudice rispetto alla legge inteso in senso servile o incondizionato. L'oggetto del modello cognitivo delineato dalla Costituzione non è la semplice legge intesa quale atto di potere del legislatore, bensì la legge in quanto conforme alla Costituzione.

Questa semplice affermazione comporta una serie di corollari. In particolare, non è l'intenzione del legislatore storico, politicamente connotata, ad influenzare l'interprete ma la *ratio* obiettivizzata nel testo di legge. Sono i motivi per i quali una legge è stata emana, la situazione storica di riferimento, l'esigenza politica da cui promana una iniziativa legislativa a poter, semmai, influenzare il processo ermeneutico, e non il

⁵⁴⁸ Anche filosofi di stampo ermeneutico concordano su quest'aspetto, come ad esempio W. HASSEMER, *Metodologia giuridica*, cit., p. 86.

semplice (ma forse inesistente) dato psicologico dell'intenzione del legislatore. L'incapacità del legislatore di rendere chiaro lo scopo normativo non può che annichilire tale criterio⁵⁴⁹: intanto questo criterio può svolgere una funzione interpretativa in quanto il legislatore sia stato capace di tradurre la propria intenzione in un testo capace di riflettere l'esigenza da cui è nato.

Ancora una volta, è il testo normativo il crocevia del dibattito giuridico. L'intenzione del legislatore storico, sovente espressa tramite i lavori preparatori, può svolgere una limitata funzione nel caso di leggi di recente emanazione o di incerta collocazione storica (come nel caso di leggi emanate per risolvere specifici problemi); non può, certamente, costituire un dato vincolante. Esso svolge la funzione di argomento più che di vincolo⁵⁵⁰.

Il criterio teleologico, infine, assume un particolare interesse per gli attuali orientamenti esegetici.

L'essenza del criterio in esame è l'attualizzazione dello scopo della legge, attraverso l'adattamento ad una tipologia di casi che il legislatore storico non poteva prevedere. Il perno di tale ragionamento è il bene giuridico, interpretato dinamicamente, al fine di sviluppare le potenzialità implicite nella fattispecie incriminatrice⁵⁵¹.

Non vi è dubbio che si rifletta su tale tema tutta la complessità della nozione di bene giuridico, il suo rapporto con il principio di tipicità e la relazione con la complessità delle esigenze mostrate dalla modernità.

Dal punto di vista ermeneutico, il richiamo al bene giuridico è spesso adoperato per giustificare l'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie a nuove modalità di lesione.

È un ragionamento giudiziale tipico che incontra il favore del formante europeo, propenso ad un maggior risalto della vittimologia⁵⁵².

A fondamento di una tale visione vi sarebbe, secondo un orientamento dottrinale autorevole⁵⁵³, un malinteso senso della distinzione tra diritto e morale.

⁵⁴⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 131;

⁵⁵⁰ Per la distinzione tra principi vincolanti e principi programmatici in diritto penale v. M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1999, p. 221 ss.

⁵⁵¹ Sul concetto di bene giuridico, nella vasta letteratura sul tema, cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974; F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939, p. 3 ss.; A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione di diritto penale*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano 1965; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, p. 1 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17 ss.

⁵⁵² Cfr. V. MANES, *Il ruolo poliedrico del giudice*, cit., p. 1926 ss.

Molteplici dottrine filosofiche, pur partendo da punti di vista differenti⁵⁵⁴, teorizzano oggi una nuova connessione tra diritto e morale, individuando nei principi delle norme di carattere morale che autorizzano l'interprete ad attingere ad argomenti diversi di stampo morale.

Il principio secondo il quale l'interpretazione teleologica consentirebbe l'estensione della punibilità di ogni nuova forma di lesione del bene giuridico è stato definito come “veramente banale” e dagli “effetti pericolosi”. “Un'esauriente analisi dell'evoluzione giurisprudenziale potrebbe indicare come i nostri giudici, per assicurare una tutela ampia e completa, ispirata a questo principio, abbiano adottato un'interpretazione estensiva della fattispecie che ha contribuito non poco all'aumento della criminalità”⁵⁵⁵.

Concezione creativa della giurisprudenza, interpretazione teleologica- espansiva della fattispecie, confusione tra diritto e morale: sono questi alcuni dei motivi che hanno spinto all'elaborazione del modello illuminista e spingono tutt'oggi alla sua difesa.

Due possono essere gli argini ad una simile tendenza espansiva: il recupero del principio di frammentarietà attraverso la rivalutazione ermeneutica delle modalità di aggressione al bene giuridico: l'interpretazione in chiave politico criminale del fatto tipico.

L'illecito penale, come noto, si distingue da altri tipi di illecito in virtù della sua tipicità, intesa quale predeterminazione astratta della fattispecie incriminatrice.

Nel concetto di fattispecie si condensa l'essenza del diritto penale. Il principio di frammentarietà, in combinato disposto con il canone della determinatezza, impedisce la formazione di un diritto penale strutturato attraverso mere clausole generali⁵⁵⁶.

Non sarebbe legittima nel nostro ordinamento una norma che qualificasse come reato, ad esempio, qualsiasi lesione o messa in pericolo del bene patrimonio (il discorso vale, altresì, per qualsiasi tipo di bene giuridico).

⁵⁵³ R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità di lesione tipiche: l'impraticabilità di un equivalente funzionale al principio della riserva di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2016, p. 573 ss.

⁵⁵⁴ Autori quali Dworkin, Alexy, Atienza, pur attraverso percorsi filosofici differenti, teorizzano un ruolo morale dell'interpretazione, in una forte connessione con il diritto. Cfr. M. LA TORRE, *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, cit. p.345 ss. Nello specifico settore penale v. R. RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. giurisprudenza creativa*, Napoli 2007.

⁵⁵⁵ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 59.

⁵⁵⁶ Lucidamente K. TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2011, p. 1 ss.

Il criterio del bene giuridico non costituisce, di conseguenza, l'unico criterio di criminalizzazione esistente nel nostro ordinamento: si impongono esigenze di sussidiarietà e frammentarietà ed il rispetto del canone di integrazione sociale⁵⁵⁷.

La comparazione tra il bene giuridico protetto dalla norma ed il bene giuridico leso dalla pena esige, invece, una selettività dell'illecito penale.

Così ragionando, il principio di sussidiarietà impone la selezione dei beni giuridici da proteggere, scegliendo quelli empiricamente tutelabili, dal fondamento costituzionale e che non trovano adeguata tutela in altri rami dell'ordinamento.

Il principio di frammentarietà richiede, invece, la selezione tra le modalità di aggressione del bene giuridico: non ogni aggressione costituisce un illecito penale.

L'illiceità penale si caratterizza per il modo in cui la lesione viene arrecata; ogni lacuna del legislatore nella descrizione modale dell'illecito penale rappresenta inesorabilmente uno spazio di libertà, che nessuna concezione dell'interpretazione può invadere in assenza di sostrato normativo⁵⁵⁸.

Il principio di frammentarietà, a sua volta, sarebbe facilmente eludibile qualora la tecnica legislativa si esprimesse attraverso formule vaghe o analogie anticipate in via normativa: i principi costituzionali del diritto penale confermano ancora una volta la loro interrelazione, per la quale ogni principio presuppone altro principio, attraverso una struttura a grappolo.

Per quest'ultimo motivo, il terreno dell'interpretazione rappresenta il capitolo conclusivo di questa sequenza valoriale innescata dal principio di sussidiarietà: frammentarietà, determinatezza, ed infine tassatività intesa quale stretta interpretazione storica evolutiva della fattispecie penale.

Nel settore, ad esempio, dei reati contro il patrimonio, è stato dimostrato⁵⁵⁹ come il mero criterio del bene giuridico risulti insufficiente per sistemare razionalmente e selezionare le fattispecie di reato, essendo imprescindibile lo studio delle modalità di aggressione per il rispetto del principio di frammentarietà e proporzionalità della tutela penale.

⁵⁵⁷ Si esprime in termini di funzione negativa del bene giuridico S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174. Per una complessiva rivisitazione del ruolo del bene giuridico v. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova 1989, p. 3 ss.

⁵⁵⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *L'analogia svincolata dal tipo*, cit., p. 1255.

⁵⁵⁹ Il criterio delle modalità di aggressione quale principio di razionalità dei reati contro il patrimonio è stato proposto da S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988. Concorde, ma in una prospettiva diversa, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna 2012, p. 9 ss. Per uno sviluppo di tali impostazioni in un settore specifico v. C. LONGOGARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, Napoli 2013.

Il discorso è replicabile, con simmetrie diverse, anche rispetto ad altri beni giuridici. Anche laddove si adoperi lo schema del reato a forma libera, il carattere modale dell'illecito penale non sbiadisce.

È stato merito del finalismo⁵⁶⁰ aver ricondotto il disvalore di azione all'attenzione della dottrina penalista, dimostrando, anche attraverso l'anticipazione di dolo e colpa quali elementi costitutivi del fatto tipico, come il principio di personalità della responsabilità penale impone la compresenza di un disvalore di azione e di un disvalore di evento.

Nei reati a forma libera, d'altronde, la direzione non equivoca della condotta è comunque imposta dall'art. 56 c.p.⁵⁶¹, a dimostrazione della rilevanza delle modalità di aggressione anche nei reati a forma libera.

Attraverso una tale sistematica si evince come il concetto di fattispecie rappresenti la descrizione di una dinamica dell'offesa tipica. Adoperando la terminologia ermeneutica, la fattispecie incriminatrice è una sintesi tra concetti classificatori e concetti ordinali, tra scopo di tutela e modalità di aggressione.

Sovente, nell'ambito dell'interpretazione teleologica, per giustificare la punibilità di condotte non descritte dal legislatore, si confonde il concetto di bene giuridico con la *ratio* dell'incriminazione.

Ad esempio, è frequente implementare l'area del penalmente rilevante attraverso l'individuazione di pseudo- interessi strumentali⁵⁶² ovvero attraverso il riconoscimento del carattere plurioffensivo della fattispecie. Lo scopo della norma, rappresentato dal motivo per il quale il legislatore ha adottato quella determinata fattispecie, si differenzia dalla funzione della norma, ossia la tutela di un bene giuridico di rilevanza costituzionale: pertanto, lo scopo della norma non può essere adoperato quale fondamento dell'interpretazione teleologica.

Allo stesso tempo, l'interprete non è libero nella ricerca del bene tutelato dalla fattispecie: costituisce una manovra eversiva della tipicità utilizzare il bene giuridico quale conferma della lesività di una condotta⁵⁶³.

“La realtà di ogni giorno ci dimostra come il nostro giudice coglie sia nella tipicità che nella lesività soltanto gli elementi che allargano le fattispecie penali: usa la tipicità per

⁵⁶⁰ Cfr. D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955.

⁵⁶¹ La tesi è di solito ricondotta a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 175 ss.

⁵⁶² Fondamentale S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 343 ss.

⁵⁶³ Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1988, p. 133 ss.

*affermare l'esistenza di reato in fattispecie concrete non lesive dell'interesse tutelato ed usa il riferimento al bene tutelato per evadere dalla tipicità*⁵⁶⁴.

In questo senso si può leggere il preciso e chiaro richiamo della Corte Costituzionale al divieto del giudice di scopo, di un giudice, ossia, portatore di esigenze di politica criminale che non trovano riconoscimento immediato nell'universo penale⁵⁶⁵.

Pertanto, accanto allo sviluppo ermeneutico del canone della frammentarietà, attraverso la valorizzazione delle modalità di aggressione, è necessario, secondo una metodologia integrata tra diritto penale e politica criminale, favorire la funzione politico criminale del fatto tipico.

Il *Tatbestand*, partendo da direttive di politica criminale fondate su argomenti costituzionali, è funzionale alla tutela della libertà umana, attraverso il canone della determinatezza legislativa: è sul rispetto del principio di legalità che deve svilupparsi l'elaborazione dommatica⁵⁶⁶.

Tra il testo di legge e la *ratio* applicativa è il primo a prevalere per ineludibili ragioni di garanzia.

Lo sviluppo di una tale impostazione ha condotto la dottrina penalista ad individuare nuove funzioni politico criminali del fatto tipico⁵⁶⁷, in particolare, ancora una volta, nell'individuazione di “*specifiche forme di offesa ai beni giuridici*”⁵⁶⁸.

L'intuizione diviene particolarmente rilevante nel momento in cui si collega la selezione delle modalità di offesa alle sottostanti tipologie empirico – criminologiche.

La configurazione del principio di determinatezza quale indice della verificabilità empirica della fattispecie penale, impone al legislatore di incriminare soltanto offese che all'interno del processo possono essere oggetto di prova.

Dal punto di vista dell'interprete, invece, una tale prospettiva consente di espellere dall'ambito applicativo della norma tutte quelle tipologie di aggressioni empiricamente indefinite o processualmente non dimostrabili.

È in questo preciso sfondo teorico che il concetto di tipo criminoso può svolgere una funzione fondamentale nell'ambito della metodologia penale.

⁵⁶⁴ G. VASSALLI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli 1981, p. 273.

⁵⁶⁵ Ci si riferisce ancora una volta all'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Taricco, su cui vedi il paragrafo conclusivo del capitolo due.

⁵⁶⁶ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 51.

⁵⁶⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, p. 1207 ss.

⁵⁶⁸ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1207.

Il tipo criminoso ed il suo confine labile non possono costituire l'oggetto dell'incriminazione: il principio di determinatezza, in combinato disposto con il principio di frammentarietà, esige che il tipo si evolva in fattispecie ai fini della tipicità. Nel versante ermeneutico, invece, il tipo criminoso inteso quale morfologia di valore, quadro della vita che trova nella linguisticità della fattispecie il suo ambito delimitativo, esplica una funzione fondamentale.

Il rinvio ad una tipologia empirica sottostante alla fattispecie può, infatti, “*conferire significato e certezza alle parole tramite cui il fatto è descritto*”⁵⁶⁹.

Il tipo normativo, quale realtà criminologica sottostante l'incriminazione, può così adempiere una funzione propriamente ermeneutica, senza sostituirsi alla fattispecie incriminatrice, illuminando e delimitando le imprecisioni linguistiche e le eventuali modalità aperte della norma.

Ciò presuppone, tuttavia, che il testo normativo sia stato in grado di cogliere e predeterminare almeno taluni aspetti di quella realtà criminologica, affinché l'interprete possa adoperare il tipo normativo senza violare il principio di tassatività. È questa una forma di sintesi tra le indicazioni ontologiche di Kaufmann e le declinazioni linguistiche di Hassemer, che consentono una proficua coesistenza tra fattispecie legale e tipo interpretativo.

Ancora una volta, scienza della legislazione e teoria ermeneutica tendono a ricomporsi in una declinazione comune.

A conclusione dell'itinerario teorico percorso possono delinearsi taluni esiti conclusivi. L'opera d'interpretazione della fattispecie incriminatrice⁵⁷⁰ è conformata non soltanto dal principio di tassatività quale corollario del principio di legalità, bensì anche e soprattutto dal principio di stretta necessità, a sua volta composto dal principio di sussidiarietà e frammentarietà della tutela penale⁵⁷¹.

Fino a quando la tutela della libertà umana costituirà la regola e la pena la sua eccezione, l'intervento penale dovrà sempre giustificarsi, in via legislativa ed in via

⁵⁶⁹ M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuminista e le sfide del presente*, in (a cura di) G. COCCO, *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano 2016, p. 156.

⁵⁷⁰ Altrettanto affascinante e complesso tema è quello dell'interpretazione delle norme di parte generale del codice penale e della relativa tendenza ad atteggiamenti paternalistici della giurisprudenza. Cfr. D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, *Criminalia* 2011, p. 175 ss.

⁵⁷¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XLII ss.

ermeneutica, attraverso il principio di stretta necessità⁵⁷². È un principio, d'altronde, non estraneo neanche alla giurisprudenza europea e alle tradizioni comuni dei Paesi europei, seppur combinato con un contesto ordinamentale diverso⁵⁷³.

Accogliere una tale impostazione non implica necessariamente il rigetto di una visione ermeneutica del diritto, così come una simile tesi non può essere semplicemente convertita in un obbligo di interpretazione favorevole⁵⁷⁴.

I due aspetti sono strettamente connessi.

Colto il valore dinamico e procedurale del principio di stretta necessità, che conforma la tecnica di legislazione e imposta le direttive interpretative, non vi è alcun obbligo di risultato teorizzabile.

Grazie alla combinazione dei canoni ermeneutici presenti nel nostro ordinamento, ed attraverso l'intermediazione del tipo normativo, inteso quale concetto complesso, linguistico e criminologico, ben può accadere che una vicenda umana, divenuta caso giuridico, assuma una connotazione di illiceità penale. Il principio di stretta necessità, in virtù della funzione politico criminale del fatto tipico, non inibisce lo spazio ermeneutico dell'interprete, bensì lo delimita, individuando al medesimo tempo dei criteri di controllo.

Per tale ragione è necessario interiorizzare la problematicità della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia vietata.

La filosofia ermeneutica ha dimostrato, sul piano logico prima ancora che giuridico, come l'interpretazione estensiva proceda attraverso un metodo essenzialmente analogico, ossia attraverso la comparazione tra un caso certamente regolato ed un caso difficile. Anche la terminologia è ambigua: nella denominazione estensiva è, in realtà, celata una vena creativa, che dilata la punibilità insita nella fattispecie incriminatrice.

Alla luce, invece, del carattere cognitivo del processo e della struttura falsificazionista della motivazione della sentenza penale, l'interpretazione penale disvela un significato appartenente all'universo linguistico e criminologico della fattispecie, senza estendere la punibilità ma, al più chiarendola.

⁵⁷² Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, p. 463 ss.

⁵⁷³ L'ordinamento francese, ad esempio, espressamente accoglie il principio di stretta interpretazione della legge penale, così come l'ordinamento spagnolo prevede nel codice penale il divieto di applicare la legge penale a casi diversi da quelli espressamente previsti. Per una lettura comparata dei diversi ordinamenti penali cfr. F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino 2013, pp. 126 e 183.

⁵⁷⁴ Favorevole invece ad accogliere un simile canone, per motivi giuridici, politici e filosofici M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in A. J. Katolo – P. B. Helzel (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova 2012, p. 99 ss.

Per questi motivi è preferibile, anche in virtù delle acquisizioni della filosofia ermeneutica, individuare una forma di interpretazione storico- evolutiva, che tenti di contemperare il principio di frammentarietà della tutela penale con le incessanti evoluzioni della realtà criminologica.

Attraverso tali criteri è possibile differenziare diverse operazioni ermeneutiche.

Vi sono, infatti, alcune interpretazioni giudiziali che si concretano in una manipolazione della norma, ossia nella degradazione della stessa ad accidente della punibilità e non a presupposto.

Un esempio può essere identificato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 34952 del 2012⁵⁷⁵, in cui è stata riconosciuta la punibilità del tentativo di rapina impropria, nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco alla sottrazione della *res* altrui, adoperi violenza per procurarsi l'impunità.

Due sono gli argomenti che conducono ad una tale qualificazione.

La premessa ideologica della sentenza, innanzitutto, dimostra una deviazione rispetto al principio di legalità formale. Le Sezioni Unite, infatti, affermano come *“la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte Edu, è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale”*.

La logica argomentativa è ormai nota: attraverso l'espedito ed il richiamo dell'art. 7 Cedu, si sostituisce alla legalità la prevedibilità dell'esito giudiziale, attraverso lo studio degli orientamenti giurisprudenziali.

Nessun riferimento, invece, è espresso al valore del testo normativo, alle interconnessioni con la realtà criminologica, alla sistematica del reato.

Da tale impostazione, la Corte giustifica la punibilità del tentativo di rapina impropria mediante il richiamo al diritto vivente, formatosi attraverso una giurisprudenza maggioritaria secondo la quale il dato testuale per il quale le condotte di violenza e di minaccia siano utilizzate immediatamente dopo la sottrazione, implica semplicemente un nesso temporale tra i segmenti dell'azione criminosa complessa, senza definirne tuttavia le caratteristiche.

⁵⁷⁵ Cass. pen., sez. un., n. 34952 del 2012, pubblicata in *Cass. pen. 2013*, con nota di R. BARTOLI, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, p. 80 ss.

Il tipo criminoso della rapina impropria, rinvia, pertanto, ad un nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere.

Un simile impiego del tipo criminoso contrasta con il principio di stretta necessità.

L'identificazione del tipo criminoso, per non violare la funzione politico criminale del fatto tipico, deve principiare dal dato normativo e non manipolarlo: il testo della legge deve prevalere sulla *ratio* dell'incriminazione.

È vero, infatti, come sostiene la Corte che nell'impianto normativo la contestualità tra sottrazione e condotte di violenza e minaccia giustifica, nella logica del legislatore, una punizione più grave rispetto al mero furto e alla violenza privata. Tuttavia, un tale ragionamento non può spingersi sino al punto di violare il testo normativo, così che quella valutazione tipologica sottesa all'incriminazione è valida fintantoché si sia realizzata la sottrazione.

D'altronde, a perseguire un tale ragionamento, il principio di determinatezza avrebbe uno spazio applicativo davvero residuo: l'interpretazione teleologica della fattispecie, così impostata, può sempre colmare le lacune linguistiche della fattispecie attraverso l'intermediazione del tipo criminoso⁵⁷⁶.

Una medesima operazione ermeneutica di manipolazione della fattispecie penale è identificabile nell'impostazione accusatoria attraverso la quale si è sviluppato il processo in merito alla trattativa Stato- mafia⁵⁷⁷.

Alcun appiglio testuale, infatti, né criminologico consente di inquadrare una vicenda del genere nel delitto di cui all'art. 338 c.p., che incrimina chi adoperi violenza o minaccia ad un corpo dello Stato.

In questo caso, la precomprensione del tipo criminologico sottesa all'impostazione accusatoria ha del tutto eliso il significato testuale della norma, violando il principio di stretta necessità⁵⁷⁸.

Diversa è la situazione, invece, nella quale il dato normativo non presenti alcuna nota caratteristica in virtù della quale identificare il tipo criminoso: sono i casi in cui il tipo non è stato tradotto dal legislatore in fattispecie.

Nei casi in precedenza esaminati di disastro e prostituzione⁵⁷⁹, infatti, l'assenza di una qualsiasi predeterminazione normativa impedisce l'analisi di qualsiasi operazione

⁵⁷⁶ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2015, p. 148 ss.

⁵⁷⁷ Per un'avvincente ricostruzione storico giuridica v. G. FIANDACA – S. LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma- Bari 2014.

⁵⁷⁸ Cfr. G. FIANDACA, *La trattativa Stato mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012, p. 67 ss.

ermeneutica. In questi casi l'interpretazione diviene necessariamente creazione, e quindi violazione del principio di tassatività. Per tali motivi, come di recente sottolineato dalla Corte Costituzionale, la questione di legittimità costituzionale diviene una via legittima ed, anzi, obbligatoria a tutela della libertà umana⁵⁸⁰. Su questo versante si auspica, tuttavia, una maggiore consapevolezza da parte della Corte dell'importanza dello scrutinio di legittimità costituzionale del testo normativo rispetto al principio di determinatezza, sovente, invece, trascurato e sostituito da manipolazioni ermeneutiche. Legittima, infine, è l'interpretazione storica evolutiva attraverso la quale la giurisprudenza compie una mera contestualizzazione della fattispecie, a partire dal dato normativo ed attraverso un'interpretazione connessa al tipo normativo.

È in questi casi che l'interazione col fatto costitutivo svolge una funzione fondamentale: se nell'ambito applicativo dell'art. 660 c.p. rientri anche l'invio di *sms*, visto il richiamo al mezzo del telefono, ovvero se nell'ambito della concussione si possano sussumere le prestazioni sessuali, è questione ermeneutica di contestualizzazione.

La fenomenologia criminologica propone la ripetizione di una determinata modalità criminosa alla giurisprudenza, la quale, attraverso strumenti normativi e criminologici, può fornire una risposta adeguata.

La realtà e la norma, ancora una volta, rappresentano i due poli dell'attività ermeneutica della giurisprudenza.

5. Il recupero della dogmatica quale paradigma di un percorso interattivo.

Attraverso l'interazione tra un modello epistemologico di stampo ermeneutico relativo alla fase delle indagini preliminari ed una struttura cognitiva di mero accertamento del dibattimento penale, conforme ai dettami della filosofia illuminista, si è cercato di coniugare modernità e postmodernità.

Allo stesso tempo, la chiarificazione dell'essenza dell'interpretazione giudiziale alla luce del principio di stretta necessità, ha consentito di distinguere diverse operazioni ermeneutiche, rifiutando sia un mero legalismo, sia la tesi del carattere creativo dell'interpretazione.

⁵⁷⁹ Vedi il capitolo precedente.

⁵⁸⁰ Il richiamo è presente nella già esaminata vicenda Taricco, su cui ci si è soffermati nel secondo capitolo.

Vi sono ancora alcune tappe, tuttavia, da compiere e precisazioni da svolgere per ritenere concluso il percorso teorico.

Non è possibile, infatti, combinare aspetti diversi di modelli culturali differenti senza anelli di congiunzione che impediscano crisi di rigetto o disfunzioni.

Il modello ermeneutico, infatti, anche se calato, nei termini precisati, nella filosofia illuminista, rischierebbe in ogni caso di mutare la conformazione del ruolo del giudice senza identificare un collegamento tra interpretazione e sistema giuridico.

L'arricchimento contenutistico dei valori sottesi alla giurisdizione, infatti, non deve comportare un'abdicazione del ruolo di vincolo della legislazione, bensì la possibilità di riaffermare il valore della certezza del diritto e del pari trattamento dell'uguale anche in un contesto storico culturale diverso.

È possibile individuare questo filtro nella dogmatica.

L'opera sistematica e ricostruttiva, di competenza principalmente della dottrina giuridica, rappresenta, in un modello integrato di scienza penale, un polo necessario dell'attività interpretativa del giudice⁵⁸¹.

Il richiamo ad alcuni consolidati e sedimentati argomenti giuridici, anche di stampo critico, consente al percorso ermeneutico di non essere un solitario monologo⁵⁸².

*“Nella dogmatica giuridica, con la sua funzione tipica di consolidazione e di conferma nel tempo di alcuni dati giuridici, si deposita il tasso di ragionevolezza peculiare ad un ordinamento giuridico storico”*⁵⁸³.

Attraverso l'elaborazione di modelli teorici e tramite la ricostruzione critica di categorie giuridiche, la dogmatica propone ai protagonisti del dibattito giuridico un linguaggio ed uno strumentario comune.

Si pensi come sarebbe maggiormente proficuo lo studio e l'argomentazione del diritto penale qualora la giurisprudenza accogliesse ed interiorizzasse il modello analitico del reato: molte delle discrasie tra dottrina e prassi nascono proprio dall'assenza di un modello comune di reato⁵⁸⁴.

In quest'attività della dogmatica, di filtro tra legislatore e giudice, vi è anche un sostrato ermeneutico. Il perfezionamento tecnico delle categorie, coniugato insieme a note politico criminali vincolanti, è già un'attività di carattere interpretativo.

⁵⁸¹ Cfr. J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, trad. it. di P. Comanducci, Bologna 1977.

⁵⁸² Cfr. D. PULITANO, *Dogmatica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.* 2015, p. 4286 ss.

⁵⁸³ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 164.

⁵⁸⁴ Formidabili le intuizioni di C. FIORE, *Intervento*, in A. M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli 1991, p.175 ss.

Per questi motivi, e questa fondamentale funzione, la scienza giuridica deve esprimersi attraverso un linguaggio chiaro e comprensibile, vicino alla realtà⁵⁸⁵. Proseguire il discorso normativo attraverso categorie sistematiche che inglobano al proprio interno direttive di politica criminale: in questo modo la dogmatica può porsi quale decodificatore del vincolo testuale al fine di una corretta esegesi da parte del giudice.

Proprio attraverso la dogmatica si può arrivare ad individuare il corretto ruolo del caso concreto nell'ermeneutica giudiziale. *“Essa adempie ad una fondamentale istanza di sintesi ed intelligibilità: si pone in uno stadio di astrazione intermedio tra norma e fattispecie concreta, al fine di un riconoscimento delle caratteristiche più rilevanti di ogni elemento, e, delimitando l'ambito delle alternative possibili, offre, un affidabile modello decisionale rispettoso di esigenze di uniformità e, dunque, di eguaglianza e di ragionevolezza. In tal modo imbriglia, per così dire, garantisticamente, spinte a libere creazioni interpretative, contribuendo anche a conferire razionalità nell'inflizione delle sanzioni”*⁵⁸⁶.

Uno degli argomenti di maggiore contrasto nella proposta di paradigmi giuridici è proprio la comprensione del caso concreto. La filosofia ermeneutica propone un riconoscimento del ruolo costitutivo del medesimo, a causa della sua irripetibilità storica, cui consegue un carattere necessariamente normativo dell'interpretazione.

Si è visto come in parte una simile impostazione può essere accolta da un punto di vista processuale nella fase delle indagini preliminari e nella formulazione dell'imputazione. Per quanto riguarda, invece, la fase processuale e sostanziale dell'interpretazione delle fattispecie, il richiamo al caso concreto sembra volto, da un punto di vista dogmatico, ad una rielaborazione della categoria della tassatività⁵⁸⁷.

Una corretta impostazione può, invece, fornire un valido inquadramento teorico del problema.

L'applicazione della legge al caso concreto, in effetti, è operazione giudiziale in parte differente dall'interpretazione della fattispecie e sorretta da diversi principi.

⁵⁸⁵ Secondo C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 50, un sistema efficiente deve coniugare ordine concettuale e chiarezza, corrispondenza alla realtà e accoglimento di finalità di politica criminale.

⁵⁸⁶ S. MOCCIA, *L'odierna funzione di controllo e orientamento della dottrina*, in *Criminalia* 2013, p.416.

⁵⁸⁷ Cfr. S. MOCCIA, *L'odierna funzione di controllo e orientamento della dottrina*, cit., p. 411 ss, in cui si sottolinea il collegamento tra un tale atteggiamento ed una diffusa, ormai, esigenza pan penalistica come forma di reazione a qualsiasi fenomeno sociale discusso.

Il carattere casistico del diritto giudiziale nasce proprio dalla necessità di valorizzare, nella misura massima possibile, le note singolari e concrete dell'episodio criminoso.

Tuttavia, e sul punto viene in soccorso la dommatica, legalità ed applicazione concreta non rappresentano un'endiadi inconciliabile. Diversi, solamente, sono gli strumenti ermeneutici e valoriali che caratterizzano le due azioni.

Nell'accertamento della sussistenza del fatto tipico, anche in quella delicata operazione di contestualizzazione criminologica e linguistica della fattispecie incriminatrice, il principio di tassatività e determinatezza impone la ricerca degli elementi costitutivi delineati dal legislatore, senza i quali non è possibile compiere il giudizio di sussunzione.

Nell'ambito della sussunzione, le caratteristiche singole del caso concreto non possono in alcun modo surrogare l'assenza dei tratti tipici della fattispecie. In egual maniera, non è questo il momento processuale in cui valorizzare particolarità e peculiarità del caso concreto.

Fin quando il giudice deve verificare la corrispondenza tra caso concreto, costruito attraverso la selezione dei caratteri significativi, e fattispecie incriminatrice, anche contestualizzata al settore operativo, non possono autorizzarsi opere di integrazione del giudice al fine di attribuire una corretta significanza giuridica al caso concreto.

La cognizione del giudice, tuttavia, non si esaurisce in questo giudizio di accertamento. Il giudice non verifica soltanto in astratto ma valuta in concreto il disvalore penale di cui è portatrice la realtà ad esso presentatosi⁵⁸⁸.

Accanto ad una prima qualificazione del fatto, improntata al principio di legalità, il giudice è chiamato a riconoscere il valore espresso dal caso concreto.

In questo secondo versante viene in rilievo la discrezionalità penale, intesa come giudizio equitativo del giudice volto a far emergere le particolarità del caso concreto, non tipizzabile in astratto da parte del legislatore⁵⁸⁹.

È stato merito della dottrina penalista aver dimostrato la distinzione che intercorre tra difetto di determinatezza e discrezionalità penale.

Nel primo caso il legislatore è stato incapace di delineare la fattispecie incriminatrice attraverso canoni improntati al rispetto del principio di determinatezza; nel secondo, invece, il legislatore rinvia al giudice, attraverso criteri più o meno vincolanti, al fine di cogliere il contenuto peculiare del caso concreto e compiere un giudizio

⁵⁸⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 29 ss.

⁵⁸⁹ Cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli 1959, p. 80 ss.

individualizzante⁵⁹⁰. Ad un giudizio di sussunzione si affianca la ricerca di un'identità di essenza attraverso parametri normativi.

Tale secondo giudizio individualizzante, tuttavia, opera a condizione che sia già stata verificata la tipicità del caso concreto, ossia la corrispondenza tra gli elementi costitutivi del reato e le caratteristiche del caso concreto.

È, pertanto, attraverso gli istituti da un lato delle circostanze e dall'altro degli indici della commisurazione della pena che è possibile dare risalto alle note singolari di un caso concreto, dopo aver riscontrato la tipicità. In quest'ambito, la presenza di concetti ordinatori svolge una funzione fondamentale, in grado di arricchire la tipicità in senso equitativo e dominare la complessità del reale.

Rispetto a questa delicata valutazione non bisogna, però, confondere discrezionalità e soggettività. Anche nel giudizio discrezionale, in cui il giudice è sfornito di una fattispecie, la legge riveste un ruolo vincolante. Non a caso, si ritiene che la discrezionalità penale sia una discrezionalità vincolata da criteri legislativi⁵⁹¹, nonostante l'opinione contraria di parte della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'essenza del giudizio discrezionale è l'intuizione del giudice piuttosto che la concretizzazione di un parametro legale⁵⁹². È la ricerca finalistica di un'identità di essenza tra vicenda particolare e criterio legislativo a condurre l'operato dell'interprete. In questi termini, quindi, la discrezionalità penale si pone quale fattore di mediazione tra i valori sottesi alla legislazione, costituzionalmente orientati, e il singolo episodio criminoso, attuando il principio di personalità della responsabilità penale.

Si compone così il mosaico del sistema giuridico: vincolo legislativo, direttive di politica criminale, dogmatica e interpretazione giudiziale.

La coerenza del sistema si rinviene in una metodologia integrata, che si muove, tuttavia, in una direzione obbligata. In uno Stato di diritto, il vincolo legislativo si situa in una situazione di originaria “*precedenza e sicura preminenza*”⁵⁹³.

⁵⁹⁰ In particolare per questa distinzione v. A. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli 1969, p. 56 ss., il quale ha anche chiarito, in maniera determinata, come sia affetta da concettualismo la dottrina che tenta di ricostruire un significato univoco della discrezionalità senza tener conto del singolo istituto da applicare.

⁵⁹¹ Cfr. G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Palermo 1939, p. 149 ss.

⁵⁹² Diverse sono le sentenze che si esprimono in questo senso. Per una disamina della giurisprudenza sul punto v. L. GOISIS, *Art. 132*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 1962 ss.

⁵⁹³ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p.160.

Il giudice non può in alcun modo prescindere dalla legge: è ancora oggi questo il significato precipuo del divieto di analogia.

Non un'incerta distinzione con l'interpretazione estensiva, che è essa stessa una forma di analogia; non un mero richiamo etico o politico ad un'autolimitazione del giudice⁵⁹⁴.

Il divieto di analogia è un principio costituzionale che impone al giudice, anche nell'ottica di una metodologia teleologica, di non violare il precetto normativo. I parametri del testo e del tipo normativo (linguistico e criminologico) costituiscono i criteri per distinguere analogia ed interpretazione storica evolutiva.

Per questo motivo, in un simile sistema ordinamentale, è illegittima qualsiasi forma di precedente vincolante, anche di mero stampo procedurale, come introdotto dalla recente riforma Orlando⁵⁹⁵. Il nuovo art. 618 c.p.p. impone ad una sezione semplice della Corte di Cassazione la rimessione alle Sezioni Unite qualora ritenga di non condividere il principio di diritto formatosi nella giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite.

Si introduce una forma di precedente procedurale, che non vieta l'elaborazione di un orientamento differente, bensì lo sottopone a verifica delle Sezioni Unite.

La forza vincolante di una tale norma è certamente blanda non prevedendo alcun tipo di sanzione⁵⁹⁶. Ciononostante, da un punto di vista teorico rappresenta una pericolosa spia di una traslazione inconsapevole verso un sistema giurisdizionale incompatibile con i principi costituzionali vigenti.

Significativo come la medesima Corte di Cassazione, rispetto ad una norma del tutto speculare prevista nel processo civile⁵⁹⁷, abbia stabilito una lettura restrittiva della norma, ritenendo che il vincolo *“derivante dalla pronuncia a sezioni unite debba ritenersi limitato alla sola regula iuris correlata ad un concreto motivo di ricorso, con esclusione del carattere vincolante di enunciazioni di carattere concettuale o dottrinale che costituiscono meri obiter dicta”*⁵⁹⁸

Resta, pertanto, valido l'insegnamento della Corte Costituzionale, secondo la quale il precedente non può che avere un'efficacia meramente persuasiva ed argomentativa,

⁵⁹⁴ Come per certi versi propone W. HASSEMER, *Il divieto di analogia, cit., passim*.

⁵⁹⁵ Per una panoramica della riforma del processo penale v. M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 giugno 2017.

⁵⁹⁶ Si potrebbero immaginare, a rigore, soltanto conseguenze di tipo disciplinare o contabile, purché ricorrano i presupposti previsti dalle leggi di riferimento.

⁵⁹⁷ Si tratta dell'art. 374 c.p.c., introdotto nel 2006 con la legge del 2 febbraio n. 40. Cfr. M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. it. dir. proc. civ.* 2006, p. 773 ss.

⁵⁹⁸ Cass. civ., Sez. I, 29.07.2015, n. 16048 pubblicata in *Foro it.* 2016, p. 646 ss.

priva di ogni valore vincolante⁵⁹⁹. È la struttura dell'edificio della legalità formale ad inibire qualsiasi forma di gerarchizzazione della dinamica giudiziale, da cui consegue la possibilità di disattendere in qualsiasi momento e da qualunque giudice una pronuncia delle Sezioni Unite: *“vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. [...] Siffatta erronea esegesi comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale.”*⁶⁰⁰.

Una simile impostazione impone, pertanto, alla dottrina ed alla medesima giurisprudenza una costruzione teorica conforme ai principi costituzionali ed un impegno alla chiarezza ed alla coerenza del linguaggio⁶⁰¹.

6. Interpretazione e funzione della pena. Chiusura di un percorso.

Il ruolo del giudice, all'esito del percorso intrapreso, esce notevolmente rigenerato.

L'illusione di Beccaria⁶⁰² relativa ad una totale estromissione dell'interpretazione giudiziale dalla dinamica giuridica si è evoluta, superato il periodo storico del filosofo milanese, nella consapevolezza teorica prima che pratica, di un necessario ma finanche proficuo ruolo ermeneutico.

L'interpretazione ha un connotato politico ineliminabile: l'elaborazione teorica deve sistematizzare tale dato e renderlo compatibile con il sistema ordinamentale.

In una prospettiva metodologica in cui si associano politica criminale e dommatica, l'analisi dell'interpretazione giudiziale assume uno spessore consona al carattere ermeneutico del ruolo del giudice.

⁵⁹⁹ Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, pubblicata in *Giur. Cost.* 2013, con commento di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, p. 3474 ss.

⁶⁰⁰ Corte Cost. 230/2012 § 11-12.

⁶⁰¹ Per una critica, su questo profilo, alla riforma Orlando v. P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. e processo* 2017, p. 1265 ss.

⁶⁰² Il monito di Beccaria si comprende, infatti, alla luce del contesto storico di riferimento, caratterizzato da oscurità delle leggi e dispotismo giudiziario. Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. I. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura e sistematica*, Milano 2001, p.123.

Se “il diritto penale con il suo impianto sistematico resta il limite invalicabile della politica criminale, ma la politica criminale con la considerazione di quanto richiesto o consentito da (legittime) esigenze di efficienza, diviene il limite del diritto penale, che risulta condizionato nella sua azione concreta dal rispetto di quel tipo di esigenze”⁶⁰³, allora l’interpretazione giudiziale svolge un fondamentale ruolo di equilibrio.

Ed infatti, non è soltanto il giurista teorico il destinatario di una metodologia integrata, bensì è anche il giudice, nel suo tipico atto interpretativo, che si snoda nei sentieri del processo, a dover assicurare il rispetto di finalità di politica criminale normativamente fondate e l’adozione di schemi sistematici sedimentati nella cultura giuridica di riferimento.

Due sono le annotazioni necessarie: il giudice si avvale finalità di politica criminale fondata nella Carta Costituzionale e non le crea. Il principio di separazione di poteri inibisce un diretto ruolo politico del giudice: non può esistere una politica criminale giudiziaria.

In aggiunta, è necessario, come già visto, il riferimento ad una comune dommatica, in vista del rafforzamento del vincolo del giudice alla legge.

In questo schema, la critica tipica di orientamenti volti ad istituzionalizzare un ruolo creativo del giudice ed il superamento del principio della riserva di legge è destinata a fallire.

In alcun modo il giudice può ritenersi servo della legge, inibendo qualsiasi ruolo attivo. Il giudice assume, in quest’ottica, una fondamentale funzione critica, volta al rispetto dei principi costituzionali, al perseguimento di finalità politico criminale normativamente fondate ed all’adozione di schemi dommatici prestabiliti.

Gli spazi ermeneutici sono, pertanto, amplissimi e non si sente il bisogno di un riconoscimento del ruolo creativo e dei corollari annessi (ad esempio, l’applicazione dell’art. 2 c.p. ai mutamenti giurisprudenziali), d’altronde incompatibili con uno Stato sociale di diritto.

Proprio questi spazi, grazie alle scoperte ed agli insegnamenti della filosofia ermeneutica, sono oggi indagabili dallo studioso, il quale può servirsi di categorie quali la precomprensione o il circolo ermeneutico per elaborare una teoria ermeneutica anch’essa finalisticamente orientata.

L’interazione nella dinamica processuale tra schemi ermeneutici e schemi cognitivi ed il riconoscimento di un principio di stretta necessità dell’interpretazione penalistica,

⁶⁰³ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 30.

intermediato dal concetto di tipo normativo – criminoso, rappresentano il precipitato giuridico di tale indagine.

Il passo conclusivo impone la ricerca di un criterio risolutivo attraverso il quale analizzare l'atto terminale del processo penale.

Si è già visto come la successiva evoluzione della metodologia penale integrata è stato quello di individuare un criterio superiore in virtù del quale conformare il sistema penale: una sovrastante finalità di politica criminale in grado di coordinare e raccogliere le singole finalità che interagiscono nella costruzione della teoria generale del reato.

Tale criterio è costituito dalla finalità della pena in termini di integrazione sociale⁶⁰⁴: attraverso una raffinata e sicura esegesi del dettato costituzionale, si dimostra come il nostro ordinamento accoglie gli aspetti positivi della prevenzione, ossia l'aggregamento di consensi intorno alle norme dell'ordinamento e, sul piano individuale, il recupero sociale, ovvero la non ulteriore desocializzazione nel caso di rifiuto del condannato del trattamento rieducativo.

Una tale conformazione finalistica della pena influenza le fasi di attuazione del diritto penale: minaccia, inflizione esecuzione⁶⁰⁵.

Alla luce di quanto espresso, è possibile ritenere che anche nella fase dell'interpretazione della fattispecie incriminatrice vi sia un'incidenza della funzione della pena.

Sotto l'aspetto dell'aggregazione di consensi, il carattere di prevedibilità dell'atto ermeneutico, a partire dal dato formale del testo, è un aspetto imprescindibile.

In alcun modo può aggregare consenso un'interpretazione del tutto slegata dal testo normativo.

Viene in rilievo la riconoscibilità dell'illecito penale, come fotografata dalla Corte Costituzionale⁶⁰⁶, intesa prima ancora come qualità della fattispecie in termini oggettivi: il riconoscimento di un carattere creativo dell'interpretazione impedirebbe una tale funzione.

La possibilità di conoscere la legge penale, quale garanzia di controllabilità delle proprie azioni, impone non solo il rispetto del canone della determinatezza nell'ambito

⁶⁰⁴ Il merito è stato di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., passim.

⁶⁰⁵ Lo schema adoperato è stato formulato da C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe (1966)*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin – New York 1973, p. 463 ss.

⁶⁰⁶ Il riferimento è alla nota sentenza 364 del 1988, più volte citata. Su questo specifico aspetto v. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza inevitabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.* 1988, p. 1385 ss.

della formulazione della fattispecie penale, bensì anche dei principi di stretta necessità e tassatività nella dinamica dell'atto interpretativo.

Nell'aspetto, invece, del recupero sociale, un'eventuale creazione giudiziale di fattispecie impedirebbe sul nascere il percorso rieducativo. Uno dei primi requisiti della proposta rieducativa, ai fini del suo successo, è la percezione da parte del reo del rapporto di contraddizione del proprio comportamento con la legge penale, anche a seguito dell'interpretazione giudiziale⁶⁰⁷.

In questo caso è l'aspetto soggettivo della riconoscibilità a venire in questione, nella sua declinazione *ex art. 5 c.p.*, come già dimostrato dalla stessa Corte Costituzionale.

Tuttavia, non bisogna legittimare attraverso tale norma, per effetto di un errore metodologico, una concezione creativa della giurisprudenza: il difetto di riconoscibilità dell'illecito penale dovuto ad una carente formulazione della norma, ovvero ad un'interpretazione giudiziale che superi i confini di legittimità delineati, viola i principi costituzionali e non può in alcun modo essere sanata dall'applicazione della scusante soggettiva dell'ignoranza incolpevole⁶⁰⁸. Soltanto nei casi, invece, di legittima ma imprevedibile contestualizzazione della fattispecie incriminatrice potrà svolgere un ruolo l'art. 5 c.p., laddove sussistano i requisiti previsti risultanti dalla sentenza della Corte Costituzionale.

L'aver individuato una fondamentale interazione tra funzione della pena ed interpretazione giudiziale prescrive la ricerca di un criterio di controllo. Nell'ambito della dinamica giudiziale, infatti, non è semplice e soprattutto immediata la capacità di controllo dell'interpretazione del giudice.

Per questo motivo, è la motivazione della sentenza il punto terminale della dinamica giudiziale in grado di consentire un controllo globale dell'atto ermeneutico⁶⁰⁹.

L'art. 111 Cost. esige che il carattere motivazionale delle sentenze: tra giurisdizione e motivazione sussiste un nesso inscindibile.

La motivazione della sentenza garantisce, al medesimo tempo, il carattere cognitivo del processo e la comprensione del percorso ermeneutico del giudice. L'obbligo di motivazione è un corollario, pertanto, del principio di legalità e del modello epistemologico ad esso sotteso⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 166 ss.

⁶⁰⁸ Per un diverso ordine di idee, almeno in parte, cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 27 ss.

⁶⁰⁹ Cfr. E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, p. 181 ss.

⁶¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 640.

Oltre alla funzione giurisdizionale, relativa al controllo in fatto ed in diritto della sentenza, funzionale alla successiva eventuale impugnazione⁶¹¹, la motivazione svolge un'irrinunciabile funzione extraprocessuale, di comprensione della dinamica del potere e di controllo, questa volta da parte della comunità giuridica, della dinamica ermeneutica⁶¹². In quest'ultimo versante si iscrive anche la funzione della motivazione quale crocevia della funzione della pena negli aspetti sopra sottolineati.

Di conseguenza, la struttura della motivazione penale assume carattere falsificazionista, non soltanto verso l'imputazione formulata dal pubblico ministero alla luce del principio del contraddittorio, ma anche verso la capacità della stessa di coniugare l'istanza di politica criminale connessa alla funzione della pena⁶¹³.

In tale versante viene in rilievo la teoria dell'argomentazione, con una prospettiva diversa rispetto a quella delineata dalla filosofia ermeneutica. In particolare, la motivazione non è più il luogo giuridico in cui compensare il carattere creativo dell'interpretazione, in vista di una legittimazione della stessa; l'approccio argomentativo al diritto penale diviene, invece, il metodo attraverso il quale garantire ad una migliore teoria ed una migliore prassi, attraverso il controllo del risultato.

Pertanto, sono in maggior misura congeniali al diritto penale quelle teorie dell'argomentazione complesse o integrate, che non si focalizzano ad una mera dimensione ma impostano un discorso pluralista⁶¹⁴.

Sono coessenziali ad un'argomentazione penale una dimensione formale, una dimensione materiale ed infine una dimensione pragmatica⁶¹⁵.

La dimensione formale consente di adottare schemi-argomentativi logici fondati sull'inferenza dalle premesse alla conclusione, attraverso una costruzione epistemologica sussuntiva.

⁶¹¹ Cfr. P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto, cit.*, p. 215 ss.

⁶¹² Già Gaetano Filangieri esortava il carattere extraprocessuale della sentenza. Cfr. S. MOCCIA, *Gaetano Filangieri ovvero la luce della Ragione*, in *Crit. Dir.* 2011, p. 189 ss. Sulla motivazione e le sue funzioni v. anche F. M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir. Agg. IV*, Milano 2000, p. 790 ss.

⁶¹³ D'altronde, la connotazione politica di un diritto penale teleologicamente orientato è un terreno particolarmente proficuo per l'adozione di una metodologia popperiana, come sottolinea F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli 2012, p. 112 ss.

⁶¹⁴ Il riferimento principale è alla teoria di M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, trad. it. di V. N. Izzo, Napoli 2012, senza tuttavia accogliere la connessione tra diritto e morale teorizzata dal filosofo spagnolo.

⁶¹⁵ Sono le tre dimensioni dell'argomentazione che, secondo Atienza, sono sempre state considerate isolatamente dagli studiosi della materia. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione, cit.*, p. 75 ss.

È questa una dimensione imprescindibile, connessa al principio di legalità formale ed al carattere cognitivo del processo penale, che impone uno schema sussuntivo fondato sulla ricerca di una corrispondenza⁶¹⁶.

L'individuazione delle regole di inferenza deduttiva, tuttavia, non esaurisce la dimensione argomentativa del diritto penale. Lo schema sussuntivo assicura una struttura conforme al principio di legalità; non risolve, invece, il problema di giustizia. Il vero punto nodale è la ricerca e la costruzione delle premesse del ragionamento sillogistico, ossia la dimensione materiale dell'argomentazione⁶¹⁷.

Nella dimensione materiale dell'argomentazione si astrae dalle peculiarità degli interpreti e si affrontano problemi giuridici e fattuali; si adoperano argomenti, teorie e ricostruzioni. È l'individuazione delle premesse il terreno dell'argomentazione materiale. Ed il criterio di controllo non può che essere costituito dai principi costituzionali, dagli schemi dommatici e dalle direttive di politica criminale.

Infine, in virtù del carattere anche extraprocessuale della motivazione, è essenziale che il ragionamento giudiziale possa essere accettato: è la dimensione pragmatica dell'argomentazione⁶¹⁸.

L'adozione di un carattere dialettico fondato sull'accettazione da parte dell'uditorio degli argomenti adoperati è un aspetto fondamentale sia ai fini dell'aggregazione di consensi sia ai fini del percorso rieducativo. La persuasione, in senso retorico, fondata sul giuridicamente vero in quanto accettabile: è questa la dimensione pragmatica dell'argomentazione.

Verità, giustizia e comprensibilità, nella loro dimensione giuridica e non morale, sono i referenti assiologici di un'argomentazione penale teleologicamente orientata che rappresenti l'esito conclusivo di un processo ermeneutico rispettoso dei principi costituzionali che governano il diritto penale.

Alla struttura ermeneutica del giudizio penale, improntata ad un'integrazione tra le istanze liberali del principio di legalità e le componenti epistemologiche della filosofia ermeneutica, corrisponde una argomentazione penale complessa, in grado di riflettere le

⁶¹⁶ Per l'utilizzo di schemi logici G. LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna 1991.

⁶¹⁷ Atienza riconduce l'opera di diversi filosofi come fautori di una dimensione materiale dell'argomentazione. In particolare, R. SUMMERS, *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification*, in *Cornell law review* 1978, p. 707 ss.; J. RAZ, *Razón práctica y normas*, Madrid 1991. Cfr. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 186 ss.

⁶¹⁸ Fondamentale le opere di C. PERELMAN – I. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. C. Schik – M. Mayer – E. Barassi, Torino 2013; S. TOULMIN, *The uses of argument*, Cambridge 1958. Cfr. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione*, cit., p. 261 ss.

scansioni del processo interpretativo ed, allo stesso tempo, di fornire validi criteri di controllo dell'operato del giudice.

Potrebbe essere questa indicazione per l'interpretazione dell'art. 546 c.p.p., come riformato dalla legge n. 102 del 2017, nella parte in cui, modificando lo schema argomentativo della sentenza, impone la concisa esposizione dei motivi di fatto e diritto in relazione, tra gli altri, all'accertamento del fatto, oltre che delle circostanze, ed alla loro qualificazione giuridico⁶¹⁹. Benché la norma codifichi orientamenti giurisprudenziali sedimentati, il richiamo espresso alla qualificazione giuridica, successivo all'accertamento del fatto, potrebbe orientare l'ordine giudiziario verso uno schema argomentativo improntato ancora sulla distinzione tra *questio facti* e *questio iuris*, attento, tuttavia, alle operazioni di coordinamento ermeneutico tra i due poli, in senso formale, materiale e retorico.

In questo modo si conclude la dinamica dell'ermeneutica giudiziaria, attraverso l'elaborazione di criteri di controllo volti alla tutela garantistica dei principi penali di riferimento.

Sotteso ad un tale modello epistemologico, giuridico e processuale di ermeneutica giudiziaria vi è il rifiuto di derive postmoderne volte a surrogare l'idea di fondamento con una paradossale esigenza di vaghezza, funzionale ad una maggiore flessibilità della risposta punitiva⁶²⁰.

Vi sono delle interpretazioni che l'oggetto dell'interpretazione non ammette⁶²¹. *“Il mondo può non avere un senso, ma ha dei sensi: forse non dei sensi obbligati, ma certo dei sensi vietati. Ci sono delle cose che non si possono dire.[.] Ci sono dei momenti in cui il mondo, di fronte alle nostre interpretazioni, ci dice no”*⁶²².

La nostra storia giuridica ci ha già segnalato, più volte, il rischio della deformalizzazione e le inevitabili ripercussioni in tema di garanzie. Il nostro modello costituzionale, benché forse non del tutto realizzabile, rappresenta un invito sempre costante alla cultura giuridica penalista verso una tensione teorica funzionale all'innalzamento delle garanzie a fronte degli incessabili mutamenti della realtà.

⁶¹⁹ Cfr. L. SURACI, *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Ospitaletto 2017, p. 227 ss.

⁶²⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Euforie tecnicistiche nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 453 ss.

⁶²¹ Fondamentale la lezione di realismo negativo di U. ECO, *Di un realismo negativo*, in (a cura di) M. De Caro e M. Ferraris, *Bentornata realtà*, Torino 2012, p. 93 ss.

⁶²² U. ECO, *Di un realismo negativo, cit.*, pp. 107-110.

*“L’arte di interpretare dev’essere anche un’arte del guardare sotto le maschere, di scoprire chi si maschera e perché, a che scopo una maschera viene riplasmata e conservata”*⁶²³. Il monito dello studioso dell’interpretazione è proprio quello di cercare di individuare le forze e le spinte celate dietro un modello di interpretazione e le interconnessioni sistemiche. Vi deve essere da parte dell’interprete una fedeltà all’oggetto da interpretare, nella consapevolezza che esistono delle affinità da ricercare tra alcune forze interpretative e realtà⁶²⁴: non ogni forma di interpretazione è possibile in relazione all’oggetto da interpretare, motivo per il quale non ogni forma di ermeneutica giudiziale è conforme ad un diritto penale del fatto costituzionalmente orientato

⁶²³ G. DELEUZE, *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, trad. it. di F. Polidori, Milano 1992, p. 9.

⁶²⁴ Cfr. L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano 1991.

Bibliografia.

Guido ALPA, *L'arte del giudicare*, Bari 1996.

Robert ALEXYY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), a cura di M. LA TORRE, Milano 1998.

Chiara AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, *ivi*, 22 settembre 2015.

Giuseppe AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.* 2014;

– *La contiguità politico mafiosa. Profili politico criminali, dommatici ed applicativi*, Napoli 2017.

Nicolò AMATO, *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969.

Ennio AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXV VII, Milano 1977.

Francesco ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.

Francesco ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939.

ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, 1094 b.

Tullio ASCARELLI, *In tema di interpretazione e di applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.* 1957.

Manuel ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, trad. it. di V. N. Izzo, Napoli 2012;

– *Sobre la analogia en el derecho. Ensayo de analisis de un razonamiento juridico*, Madrid 1989.

Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris 1980.

Giovanni BALDUCCI (a cura di), *Vocabolario della lingua italiana*, compilato da Nicola ZINGARELLI, Novissima Edizione (VIII), Bologna 1964

Alessandro BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959;

– *Note in tema di analogia*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1961.

– *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1993*, Milano 1996.

Mauro BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990.

Maria Cristina BARBIERI, *Art. 1*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015.

Roberto BARTOLI, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, in *Cass. pen.* 2013;

– *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2015;

– *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in (a cura di) C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016.

Cesare BECCARIA, *De delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano 1839.

Girolamo BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale (1935)*, Milano 1975;

– *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Palermo 1939.

Silvia BASSELLI- Roberta CASIRAGHI- Fabio CASSIBBA- Paola CONCOLINO- Luca PRESSACCO, *Art. 6. Diritto ad un equo processo*, in F. VIGANO'- G. UBERTIS, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, p. 132 ss.

Sergio BELTRANI, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *Dir. pen. e processo*, 2014.

Karl BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892.

Alessandro BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

Alessandro BERNARDI, Art. 7, in Sergio BARTOLE- Vladimiro. ZAGRELBESKY-Pasquale. DE SENA, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012.

Silvia BERNARDI, *Continuano i tormenti dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte di Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente di esecuzione proposto in attuazione del giudicato europeo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2017.

– *I fratelli minori di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2017.

Enrico BERTI, *Filosofia pratica*, Napoli 2004.

Daniela BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Napoli 2008.

Lina Geri BIGLIAZZI, *L'interpretazione*, Milano 1994.

Roberto BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016.

Ernst BLOCH, *Il principio speranza*, trad. it. E. De Angelis, Milano 1984.

Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977;
– *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938.

Luisa BONTEMPI, *Legge 20 febbraio 1958 n. 75*, in *Codice penale commentato*, a cura di Emilio DOLCINI- Gian Luigi GATTA, Milano 2015.

Franco BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità sociale*, Milano 1961;

- *Forme di tutela ante- delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di Alghero)*, Milano 1975;
- *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965;
- *Teoria generale del reato*, in *Nss, D. I., XIX*, 1974.

Alberto. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. 2016;

- *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999.

Alberto CADOPPI – Paolo VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Milano 2016.

Luigi CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

Vincenzo CAIANIELLO – Giuliano VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.* 2002.

Piero CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1965;

- *Prefazione*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (ed. Livorno 1766), Firenze 1945.

Guido CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova 1938.

Alessandro Alberto CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo di autore*, Padova, 1967.

Giuseppe CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1959.

Michele CAPURSO, *La crescita d'influenza dell'interpretazione giudiziaria sui processi di formazione del diritto: riflessi istituzionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976.

Gaetano CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, Napoli 2012, p. 142 ss.;

- *Per una sistematica dei discorsi sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, in *Criminalia* 2013;
- *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.* 2006;
- *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico concettuali e prospettive teorico pratica*, in *Ars interpretandi* 2/2016.

Gaetano CARCATERRA, *Analogia. 1) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

Francesco CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.* 1952.

Giuseppe CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova 2013.

Fabio CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016.

Alfonso CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli, 1979.

Mario CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in A. J. Katolo – P. B. Helzel (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova 2012;

- *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

Antonio CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in W. HASSEMER- E. KEMPZ- S. MOCCIA, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009;

- *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1988.

Bruno CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Un'introduzione critica*, Bologna 1999.

Gabriele CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015.

Silvio CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 maggio 2015.

Giovanni COCCO – Enrico Maria AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. 1.1 La legge penale*, Milano 2016.

Paolo COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in (a cura di) G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992.

Paolo COMANDUCCI - Riccardo GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1987.

Franco COPI, *Introduzione alla logica*, Bologna 1987.

Franco. CORDERO, *Giudizio*, in *Nss. D. I.*, Torino 1961;

– *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956;

– *Procedura penale*, Milano 2012.

Piermaria CORSO, *Le indagini preliminari*, in M. PISANI, A. MOLARI, V. PERCHIUNNO, P. CORSO, *Manuale di procedura penale*, Bologna 1997.

Vezio CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964;

– *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1960.

Cristiano CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimita della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016;

– *La legalità delegata. Crisi attuale della riserva di legge in diritto penale*, Napoli 2012.

Francesco D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni mendaci al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. It.*, 2015.

Mauro D’AMICO - Barbara RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009.

Luigi DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017.

Giovanni DEAN, *L’impromovibilità dell’azione penale*, Milano 1996.

Marcello DE BARTOLOMEO - Vincenzo MAGNI, *I sentieri della ragione. Filosofie contemporanee*, Milano 2003.

Gilles DELEUZE, *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, trad. it. di F. Polidori, Milano 1992.

Mireille DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Du code penal aux droits de l’homme*, Paris 1986.

Tommaso DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976.

Roberto DE PONTI, *La prostituzione on line: un concetto controverso*, in *Dir. Internet* 2006.

Giuseppe DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna 2010.

Emilio DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

Ombretta DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge a quello (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in a cura di C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016;

- *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009;
- *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli 2011;
- *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza L'interpretazione in diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006.

Emilio DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979;

- *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985.

Massimo DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003;

- *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.* 3/2016;
- *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004;
- *L'europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011;
- *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1999.

Boaventura De SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia de retorica juridica*, Coimbra 1980.

Ronald DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Milano 1989

Umberto ECO, *Di un realismo negativo*, in (a cura di) M. De Caro e M. Ferraris, *Bentornata realtà*, Torino 2012;

– *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990.

Leopoldo ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962.

Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953.

– *Logische Studien zur Gesetzmwendung*, Winter 1963

Tommaso EPIDENDIO, *Riflessioni teorico pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 3-4/2012.

Josef ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it S. Patti – G. Zaccaria, Napoli 1983.

Luciano EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993;

– *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2015.

Fabiana FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli 2012.

Pietro FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfblog*, 31 gennaio 2017.

Marcello FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 aprile 2017.

Luigi FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, 2/2016;

– *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016;

– *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989;

– *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli 2016;

- *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma- Bari 2013;
- *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. CHIODO – D. PULITANO' (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra poteri*, Milano 2013;
- *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma- Bari 2016.

Paolo FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Ragionando con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993;

- *La prova nel processo penale. Volume I- Struttura e procedimento*, Torino 2017;
- *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. e processo* 2017.

Giovanni FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011;

- *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002;
- *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.* 2005;
- *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997;
- *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002;
- *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il Foro italiano*, 2001;
- *La trattativa Stato mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012;
- *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1994;
- *Prima lezione di diritto penale*, Bari- Roma 2017;
- *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.* 1988;
- *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997;
- *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.* 2017.

Giovanni FIANDACA- Giuseppe DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2003.

Giovanni FIANDACA – Salvatore LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma- Bari 2014.

Giovanni FIANDACA - Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014;
– *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2012.

– *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.

Carlo FIORE, *Azione finalistica*, in *Enc. giur.*, Roma 1988;

– *Intervento*, in A. M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli 1991.

Carlo FIORE - Stefano FIORE *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2016.

Stefano FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007.

Antonio FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987.

Giulia FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino 2016.

Giovanni FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2013.

Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara 1993.

Ivan FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002.

Gabriele FORNASARI, *Un altro passo nella riscrittura della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S.*

Moccia., A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017, p. 447 ss

Hans GADAMER, *Ermeneutica, fede e verità*, in *La Sfida della Ragione*, a cura di D. RONDONI e A. SANTORI, Rimini 1996;

– *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica (1986)*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 2001.

Marcello GALLO, *Appunti di diritto penale*, Milano 2015;

– *Danneggiati ed offesi*, in F. Vinciguerra – S. Dessano (a cura di), *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli 2010;

– *Dolo*, in *Enc. dir. XIII*, Milano.

Marco GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016.

Angelo GARGANI, *Dal corpus iuris al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997;

– *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia 2011*.

Giulio GARUTI, *Contestazione della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. e processo 2009*.

Gian Luigi GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 17 maggio 2014.

Letizia GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in *Studi Senesi*, XCVII, 1985, p. 430 ss.

Mitja GIALUZ – Andrea CABIALE – Jacopo DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme*

attese da tempo e confuse innovazioni, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017.

Massimo Severo GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo-Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2/1973.

Fausto GIUNTA, *I contorni del disastro innominato e l'ombra del disastro ambientale alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. Cost.* 2009;

– *Legalità penale e poteri del processo*, in *Legge e potere nel processo penale. Atti del convegno, Bologna 4 e 5 novembre del 2016*, Bologna 2017.

Fausto GIUNTA - Gaetano CARCATERRA - Ombretta DI GIOVINE- Nicola MAZZACUVA - Vito VELLUZZI, *Tra analogia ed interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia* 2010.

Luciana GOISIS, *Art. 132*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015.

Pietro Giuseppe GRASSO, *Il principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, nella Costituzione italiana*, Milano 1972.

Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998;

– *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001;

– *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII 2009.

Antonino GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis*, Torino 2015.

Riccardo GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990;

– *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, 2/1997;

– *Interpretare ed argomentare*, Milano 2011;

– *In tema di conoscenza del diritto*, in *Foro italiano*, 1987;

– *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993.

Herbert Lionel Adolphus HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. A. Cattaneo, Torino 1965.

Winfried HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, trad. it. D. Canale, in *Ars interpretandi* 1997;

– *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli 2007;

– *Metodologia giuridica e pragmatica giuridica*, in *Criminalia* 2007;

– *Perché punire è necessario*, Bologna 2012.

Carl Gustav HEMPEL- Paul OPPENHEIM, *Der Typusbegriffe im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936.

Max HORKHEIMER – Theodor ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo* (1966), trad. it. R. Solmi, Torino 2010.

Joachim HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), trad. it. G. Carlizzi, Bologna 2009;

– *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 184

Francesco Mauro IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997;

– *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir. Agg. IV*, Milano 2000.

Natalino IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID, *Diritto senza verità*, Roma- Bari 2011.

Natalino IRTI - Emanuele SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma- Bari 2001.

Giulio ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009.

Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1922 (1900).

Arthur KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli 2003;

– *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, trad. it. D. Canale, in *Ars interpretandi* 2010.

Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto (1934)*, a cura di R. Treves, Torino 2000;

– *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino 1985.

David KENNEDY, *Form and substance in private law adjudication*, in *Harvard Law Review*, num. 89, 1976.

Ulrich KLUG, *Juristische logik*, Berlin, 1951.

Roberto E. KOSTORIS, *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1998;

– *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2017.

Thomas Samuel KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche. Come mutano le idee della scienza*, trad. it. di A. Carugo, Torino 1969.

Giuseppe LA CUTE, *Prostituzione*, in *Enc. dir.* XXXVII, Milano 1988.

Imre LAKATOS, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica- Scritti filosofici (1978)*, trad. it. di M. D'Agostino, Milano 1985.

Anna LAGO, *Art. 49 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G.L. GATTA, Milano, 2015.

Luigi LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia* 2011.

Karl LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. S. Ventura, Milano 1966.

Giorgio LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1959.

Angelo Raffaele LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli 1969;

– *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1964;

– *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975.

Massimo LA TORRE, *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in AA. VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010.

Guglielmo LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.* 1/2011.

Giorgio LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989.

Gabriele LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna 1991.

Carlo LONGOBARDO, *Il diritto penale tra essere e valore. Per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia* a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA), Napoli 2017;

– *L'infedeltà patrimoniale*, Napoli 2013.

Massimo LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2016, 15 aprile 2016.

Giacomo LUNGHINI - Luca MUSSO, *Falso in bilancio e altri reati a tutela del risparmio: le novità penali ed amministrative*, in *Diritto e pratica delle società*, n. 3/2016.

Ernesto LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 febbraio 2016.

Vittorio MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.* 2017;

- *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012;
- *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005;
- *Il ruolo poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.* 2014;
- *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015;
- *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2016;
- *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016;
- *Principi costituzionali in materia penale. Diritto penale sostanziale. Giurisprudenza sistematica. Aggiornato a settembre 2014*, in www.cortecostituzionale.it;
- *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013;
- *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen.* 2012;
- *Sub Art. 7/1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE- P. DE SENA- V. ZAGRELBESKY, Padova 2012.

Nail MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1987.

Adelmo MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova 1989.

Grazia MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011.

Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2015;

– *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna 2012.

Diego MARCONI, *La filosofia del linguaggio. Da Frege ai giorni nostri*, Torino 1999.

Giuseppe MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2015.

Giorgio MARINUCCI - Emilio DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura e sistematica*, Milano 2001;

– *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2015.

Giorgio MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983;

– *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007;

– *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974.

Giuseppe MARTINICO, *Corti Costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

Valentina MASARONE, *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017

Michele MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli 1959.

Domenico MASSARO - Giovanni FORNERO, *Fare filosofia. Temi, testi, laboratorio*, Torino 1999.

Roberto MASTROIANNI – Girolamo STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino 2016.

Anna Maria MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la corte europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità di legge, ma una rondine non fa primavera*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017.

Francesco MAZZACUVA, Art. 7. *Nulla poena sine lege*, in F. VIGANO'- G. UBERTIS, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016.

- *La Grande Camera della Corte Edu sul principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013;
- *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

Massimo MECCARELLI, Paolo PALCHETTI, Carlo SOTIS, *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014.

Luigi MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna 1995.

- *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996.

Nicola MENNUNI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nei procedimenti alternativi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002.

Salvatore MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1983.

Dario MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, Criminalia 2011.

Gary MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001.

Sergio MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1988;

- *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995;

- *Euforie tecnicistiche nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002;
- *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012;
- *Gaetano Filangieri ovvero la luce della Ragione*, in *Crit. Dir.* 2011;
- *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992;
- *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli 1998;
- *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997;
- *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001;
- *L'odierna funzione di controllo e orientamento della dottrina*, in *Criminalia* 2013;
- *Sui principi normativi di riferimento per un sistema teleologicamente orientata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989;
- *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia* 2012;
- *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988.

Francesco MODUGNO, *Appunti delle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2000.

Vincenzo MONGILLO, *L'incerta frontiera. Il discrimen tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.*, 3/2013.

Francesco MUCCIARELLI *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015.

Friedrich MULLER- Ralf CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella Strukturierende Rechtslehre*, trad. it. E. Comelli, in *Ars interpretandi* 2/1997.

Enzo MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974.

Daniele NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale. Atti del convegno, Bologna 4 e 5 novembre del 2016*, Bologna 2017.

Friedrich NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra*, a cura di G. PASQUALOTTO, Città di Castello 1986;

– *La Gaia Scienza* (1882), Torino 2015.

Massimo NOBILI, *Il processo e il diritto*, in L. FOFFANI – R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna 2016;

– *Reazioni contro le inutilizzabilità probatorie*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

Pietro NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Archivio penale*, 2/1946:

– *La legge penale e la Costituzione*, Milano 1953.

Vincenzo OMAGGIO - Gaetano CARLIZZI, *Ermeneutica ed interpretazione giuridica*, Torino 2010;

– *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Bologna 2016.

Enrico OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993.

Francois OST- Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au rosea? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000.

Tullio PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice penale*, 1999;

– *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. Pen.* 1988;

– *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza penale*, in *Criminalia* 2010.

Antonio PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione di diritto penale*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano 1965;

– *Il fatto di reato*, Palermo 1960;

– *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars interpretandi* 1997.

Francesco Carlo PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2015;

- *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova 1979;
- *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016;
- *La consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017;
- *La legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino 1993;
- *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. proc. pen.*, 2015;
- *Legalità tra law in the books e law in the action*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016;
- *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziali dei principi di determinatezza e tassatività in materia penale*, in A. M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli 1991;
- *Sistema delle fonti e deontologia in diritto penale*, in *Cass. pen.* 2005;
- *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Emilio DOLCINI- Carlo Enrico PALIERO, Milano 2006.

Francesco PALAZZO- Michele PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino 2013.

Giuseppe PALMIERI, *La codificazione dei reati ambientali: un'aspettativa delusa*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli 2017.

Carlo Enrico PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992;

- *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014;
- *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia* 2012;
- *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

Salvatore PANAGIA, *La tutela penale dei mercati finanziari. La fattispecie penale a rischio default*, Torino 2011.

Michele PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuminista e le sfide del presente*, in (a cura di) G. Cocco, *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano 2016, p. 156.

Enrico PARESCHE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1972.

Luigi PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano 1991.

Elena PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino 2000.

Baldassarre PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996.

Antonio PECORARO ALBANI, *Riserva di legge- Regolamento- Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959.

Claudia PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova 2006.

Chaim PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, trad. it. Giuffrè, Milano 1979.

Chaim PERELMAN – Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. C. Schik – M. Mayer – E. Barassi, Torino 2013

Irene PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 2017.

Ingolf PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution- making revisited?*, in *CMLR* 1999.

Biagio PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova 1955.

Guido PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *Dir. pen. e processo* 2009.

Giorgio PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.* 2013.

Charles Sanders PIERCE, *Collected papers*, Cambridge, 1931-1958.

Cesare PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 1995.

Fabrizio PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.

Luca PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, in *Cass. pen.* 2008.

Claudio PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.* 2005.

Mario PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nella storia della metodologia giuridica moderna*, Napoli 1969.

Domenico PULITANO', *Diritto penale*, Torino 2011;

- *Domatica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.* 2015;
- *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2016;
- *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015;
- *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia* 2013;
- *Quali ermeneutiche per il diritto penale?* in *Ars interpretandi*, 2/2016;
- *Sull'interpretazione e sugli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di) E. DOLCINI- C.E. PALIERO, Milano 2006;
- *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988.

Gustav RADBRUCH, *Klannesbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938.

Roberto RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. giurisprudenza creativa*, Napoli 2007;

- *Il reato quale illecito di modalità di lesione tipiche: l'impraticabilità di un equivalente funzionale al principio della riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016;
- *In nome della legge (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004.

Joseph RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, trad. it. di P. Comanducci, Bologna 1977;

- *Razòn pratica y normas*, Madrid 1991.

Giuseppe RICCARDI, *Patti chiari e amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 27 marzo 2017.

Bartolomeo ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 febbraio 2016.

Hans REICHENBACH, *Experience and Prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge*, The university of Chicago Press, 1938.

Paul RICOUER, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretando* 1996.

Rivista AIC, n. 4/2016, Atti del Convegno "*Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*", svoltosi a Roma, il 4 ottobre 2016 e del Convegno "*I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016. raccolti nel volume.

Arturo ROCCO, *Il problema del metodo della scienza penale*, in A. ROCCO, *Opere giuridiche*, Roma 1933.

Alf ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it. di G. Gavazzi, Torino 1965.

Francesco ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. It.* 2016.

Giovanni ROSSI, *Il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016.

Pietro ROSSI, *La fine del diritto?*, Bologna 2009.

Mauro RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979.

Claus ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. di S. MOCCIA, Napoli 1986;

– *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafredhtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973.

Carlo RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino 2015.

Antonio RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta al riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015;

– *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017.

Roberto RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.* 2011.

Bernd RUTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Un'ipotesi di discussione*, in *Criminalia* 2007.

Giandomenico SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.legislazionepenale.eu, 13.06.2016.

Giulio SALERNO, *Corte Costituzionale alla ricerca del miglior diritto possibile*, in *Guida al diritto*, 14/2017.

Dario SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955.

Ciro SANTORIELLO, *Garantismo*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 2003, p. 553 ss.;

– *Giudizio di fatto e di diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, Roma 2008.

Salvatore SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1970.

Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali XIV, Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998.

Uberto SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, *Riv. filosofia*, 1987.

Francesco SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli 2012;

– *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli 2004.

Antonio SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), Napoli 2017.

Marco SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in (a cura di) C. E. PALIERO- F. VIGANO', *Europa e diritto penale*, Milano 2013;

– *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. e proc.* 1/2017;

– *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 marzo 2016.

Carlo SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007;

– *Le Regole dell'incoerenza - Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012;

– *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in www.dirittoepnalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017.

Mario SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1976.

Filippo SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1991.

Federico STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973.

Alfonso STILE, *Conclusioni*, in A.A. V.V., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli 1989.

Luigi STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988.

Robert SUMMERS, *Two types of sostantive reasons: the core of a theory of common law justification*, in *Cornell law review* 1978.

Leonardo SURACI, *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Ospitaletto 2017

Giovanni TARELLO, *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in AA. VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. GUASTINI, Bologna, 1980;

– *L'interpretazione della legge*, Milano 1990;

– *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in AA. VV. *Scritti per la XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969;

- *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in AA. VV. *Scritti per la XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969.

Michele TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giu.*, XV, Roma 1990;

- *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. it. dir. proc. civ.* 2006.

Giuseppe TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*, Milano 2014.

Klaus TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011.

Paolo TONINI, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. e processo* 2008;

- *Lineamenti di diritto processuale penale*, Firenze 2017.

Stephen TOULMIN, *The uses of argument*, Cambridge 1958.

Giovanni TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di S. Pierce tra scienza e diritto*, Torino 2006.

Giulio UBERTIS, *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002;

- *Fatto e valore nel sistema penale*, Milano 1975.

Giuliano VASSALLI, *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1957;

- *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano 2001;
- *Tipicità*, in *Enc. dir.* XLIV, Milano 1992.

Nicla VASSALLO, *Contesto della giustificazione versus contesto della scoperta?*, in *Epistemologia* 1997.

Gianni VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Roma- Bari 1995;

- *Opere complete. 1 Ermeneutica. Tomo 2*, Milano 2008.

Vito VELLUZZI, *Sulla nozione di interpretazione giuridica corretta (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.* 2004.

Andrea VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2016;

– *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2015.

Theodor VIEHWEG, *Giurisprudenza e topica*, trad. it a cura di G. GRIFO', Milano 1962.

Francesco VIGANO', *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione chiama in causa la Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. Cont., Fasc. 10/2017*;

– *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015;

– *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2016;

– *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO- E. ZANETTI, *Studi in onore di M. Pisani*, 2012;

– *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale*, in a cura di S. TONDINI CAGLI, *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Atti del convegno su "Giurisprudenza legalità e diritto penale", Bologna 2017;

– *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO- S. MOCCIA- G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli 2016;

– *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2/2014;

- *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost. , sent. 26 marzo 2015, n. 49 in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015;
- *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali. Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015;
- *La Grande Camera della Corte Edu su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016;
- *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017;
- *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 9/2017;
- *Obblighi di adeguamento al diritto Ue e controlimiti: la Corte Costituzionale spagnola si adegua, bon grè mal grè, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 9 marzo 2014;
- *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*;
- *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 9/2017.

Francesco VIGANO', Luca Mario MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012.

Vittorio VILLA, *La filosofia del diritto di orientamento analitico*, in A.A. V.V., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010;

- *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano, 1984.

Francesco VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990.

Francesco VIOLA, Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari 1999.

Vincenzo VITIELLO, *Ethos e natura*, in *Paradosso*, 2/1992.

Massimo VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2010;

- *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 novembre 2016;
- *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV 2015;
- *Penser l'impensable: le principe de la non- retroactivité du jugement penal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2003;
- *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007.

Klaus VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di F. Bricola*, a cura di F. CANESTRARI, Bologna 1998;

- *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998.

Franco VOLPI, *Il nichilismo*, Roma- Bari 1996.

Franz VON LISTZ, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905.

Friedrich Carl VON SAVIGNY, *System des heutigen Romsichen Rechts*, Berlin 1840.

Prosper WEIL, *Le droit International en quete de son identité. Cours general de droit international public*, in *Recueil des Cours*, VI, 1992.

Joseph Halevi Horewitz WEILER, *Le trasformazioni dell'Europa*, Bologna 2003.

Ludwig WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it. di R. Piovesan e M. Trinchero, Torino 1983.

Giuseppe ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir., Annali V*, Milano 2012;

- *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989;
- *L'arte della interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova 1990;
- *La comprensione del diritto*, Roma- Bari, 2012;
- *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragione Pratica*, 1998;
- *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino 1991;
- *Tre osservazioni su New realism ed ermeneutica*, in *Ragione Pratica* 2014.

Gustavo ZAGRELBESKY, *Il diritto mite*, Torino 1992;

- *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

Angelo ZAPPULLA, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2010;

- *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino 2012.